Die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen.

Nach römischem und heutigem Recht.

Inaugural-Dissertation,

die

nebst den beigefügten Thesen

mit Genehmigung der hohen

juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

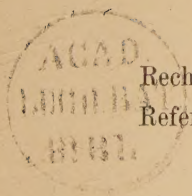
Erlangung der juristischen Doktorwürde

am Sonnabend, den 16. Mai 1903, Nachmittags 4½ Uhr

in der Aula Leopoldina

öffentlich verteidigen wird

Leo Sternberg,
Referendar.



Opponenten:
Rechtsanwalt **Pick,** Liegnitz,
Referendar Dr. iur. **Riess,** Breslau.

Breslau
Verlag von **Wilhelm Koebner**
(Inh. Barasch u. Riesenfeld).
1903.

Meinen geliebten Eltern

Inhaltsverzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1

I. Abschnitt: Begriff

§ 2. 1) Das Geschäft 2

§ 3. 2) Das fremde Geschäft 7

§ 4. 3) Die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen 12

II. Abschnitt: Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen und negotiorium gestio

I. Bedeutung des animus aliena negotia gerendi für die negotorium gestio:

1) nach römischem Rechte

§ 5. a. Ist der animus aliena negotia gerendi Voraussetzung der negotiorum gestio? 17

§ 6. b. Wesen des animus aliena negotia gerendi. 25

§ 7. 2) nach heutigem Rechte 27

§ 8. II. Ergebnis für das römische und heutige Recht 29

III. Abschnitt: Verhältnis zwischen Dominus und Gestor:

I. Bei bösgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen: 31

§ 9. 1) Nach römischem Rechte 31

§ 10. 2) Nach heutigem Rechte 33

II. Bei gutgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen:

§ 11. 1) Nach römischem Rechte 35

§ 12. 2) Nach heutigem Rechte 40

IV. Abschnitt: Verhältnis vom Dominus und Gestor zu Dritten:

§ 13. 1) Nach römischem Rechte 42

§ 14. 2) Nach heutigem Rechte 45

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548201_0093

§ 1.

Einleitung.

Die Grundlage, auf welcher das Rechtsinstitut der negotiorum gestio beruht, ist das prätorische Edikt, das Ulpian uns in folgenden Worten übermittelt:

„Si quis negotia alterius . . . gesserit: judicium eo nomine dabo". (D. 3, 5 l. 3. princ.)

Wlassak[1]) hat wahrscheinlich gemacht, dass diese allgemeine Fassung des Edikts der allgemeinen Bedeutung desselben entsprach[2]). Durch dieses Edikt wurde zuerst jeder Art der Führung fremder Geschäfte Rechtsschutz gewährt. Erst allmählich haben sich für besondere Arten besondere Klagen abgezweigt, so die a. mandati, die a. tutelae u. a. Das Ergebnis des Entwickelung war, dass die neg. gestio nur die auftraglose Geschäftsführung umfasste. Auch in unserem Rechtssystem finden wir keine einheitliche Regelung aller Arten der Führung fremder Geschäfte; und unter den besonders geregelten Arten begegnet uns ebenfalls die Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677—687 B.G.B.).

Im Folgenden soll ein besonderer Fall der Führung fremder Geschäfte: die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen näher betrachtet werden. Es leuchtet ein, dass diese Art der Führung fremder Geschäfte nicht die

[1]) Wlassak: Zur Gesch. der negotiorum gestio (1879) bes. § 3.

[2]) Die Ansicht Wlassaks ist nicht ohne Widerspruch geblieben. (vgl. Karlowa: Römische Rechtsgeschichte, Bd. II, S. 672, Anm. 1).

gewöhnliche ist; das Gewöhnliche ist vielmehr, dass fremde Geschäfte auch als fremde geführt werden. Diese Betrachtung gibt uns die Richtung an, in der sich unsere Untersuchung zweckmässig bewegen muss, um zu einem befriedigenden Resultate zu gelangen. Es wird der Kern unserer Untersuchung in der Frage liegen, ob, bezw. inwieweit die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen eine n. gestio im Sinne der römischen Juristen, eine Geschäftsführung ohne Auftrag im Sinne des B.G.B. ist.

I. Abschnitt.

Begriff.

§ 2. Das Geschäft.

Es lässt sich aus den Quellen nachweisen, (D. 3, 5, l., 9 (10), § 1), dass die Römer unter „negotium“ nicht nur Rechtsgeschäfte, sondern auch rein faktische Handlungen verstanden haben. Dies ist in der gemeinrechtlichen Litteratur nur von Aarons[1]) und Monroy[2]) bestritten worden. Aarons will unter Geschäft nur eine „juristische Handlung“ verstehen. Da er aber als „juristische Handlung“ jede Handlung ansieht, „die die Entstehung, den Untergang oder die Modifikation von Rechtsverhältnissen bewirkt oder verhindert“, so wird es wohl kaum eine Handlung geben, die diesen Anforderungen nicht genügt; somit ist die von Aarons verlangte Beschränkung des Begriffs „Geschäft“ auf „juristische Handlungen“ in Wirklichkeit ohne Bedeutung. Es ergibt sich das auch schon aus seinen eigenen Ausführungen, in denen er die Beweiskraft der für unsere Behauptung herangezogenen D. 3, 5 l. 9 (10) § 1 in Abrede stellen will. „Die ärztliche Behandlung des Sklaven sei deshalb eine

---

[1]) Aarons: Beitr. z. Lehre von der n. gestio. (1860) 1. Abt. S. 4.

[2]) Monroy: Die vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte, (1878) S. 85.

juristische Handlung, weil durch dieselbe das Eigentumsrecht des Herrn an dem Sklaven erhalten werde.“ Noch deutlicher aber zeigt sich die Unhaltbarkeit des von Aarons neu in die Wissenschaft eingeführten Begriffs der „juristischen Handlung“ an dem von Bermann für dieselbe konstruierten Beispiele. „Wenn man einen Briefbeschwerer auf ein Blatt Papier legt, das einem anderen gehört, um dessen Weggewehtwerden und Zugrundegehen zu verhindern, wodurch das Eigentumsrecht erlöschen könnte, so ist das — das ist nach den Bemerkungen Aarons' über D. 3, 5 l. 9 (10) § 1 unbedingt anzunehmen — eine juristische Handlung.“[1])

Das heutige Recht gestattet uns eine so weite Fassung des Begriffs „Geschäft“ nicht. Da nämlich im § 675 B.G.B. von Dienst- und Werkverträgen gesprochen wird, „die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben“, so sind wir zu der Annahme gezwungen, dass nicht jede Tätigkeit als Geschäftsbesorgung angesehen werden soll[2]). Denn wir sind durch nichts berechtigt, die Geschäftsbesorgung im § 675 enger zu fassen, als in den übrigen Fällen, in denen sie im Gesetze erwähnt wird[3]). In Bezug auf die Frage jedoch, was nach dem Gesetze unter „Geschäftsbesorgung“ verstanden werden soll, ist auch noch nicht annähernd eine Uebereinstimmung erzielt worden.

Sehr nahe liegt die Annahme, dass das B.G.B. unter Geschäft nur ein Rechtsgeschäft verstehen will, da es unter Geschäftsfähigkeit die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte abzuschliessen, versteht. Darauf sich stützend, will Staub[4]) auch alle Handlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, aus der Geschäfts-

---

[1]) Vg. Bermann: Die Geschäftsführung ohne Auftrag nach schweiz. Oblig. R (Zür. Diss. 1896), S. 8.

[2]) Anders Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag im B.G.B. S. 14/15.

[3]) Anders Enneccerus in Enneccerus-Lehmann § 279 Anm. 1. Matthiass I, § 125, VI, A. Siméon: Recht u. Rechtsgang im deutschen Reiche, I. u. II. Aufl., I. Bd., S. 444, Schollmeyer, S. 40; gegen letzteren Crome a. a. O. S. 255, Anm 6.

[4]) Staub. Comm. z. H.G.B. 6. und 7. Aufl. § 362 unter 2 α.

besorgung ausscheiden, zumal da eine Abgrenzung anderer Art ausserordentliche Schwierigkeiten machen würde. Wenn das Letztere auch zugestanden werden muss, so muss doch diese Beschränkung der Anwendung des Begriffs „Geschäftsbesorgung" aus zwei Gründen zurückgewiesen werden. Einmal lässt das B.G.B. diese Beschränkung selbst nicht zu, da es an anderen Stellen (§§ 1688, 1773, 1909ff) für Geschäftsbesorgung den Ausdruck „Besorgung von Angelegenheiten" wählt: denn dass die Begriffe „Geschäftsbesorgung" und „Besorgung von Angelegenheiten" im B.G.B. gleichbedeutend sind, zeigt sich aus der Vergleichung des § 1682 mit den §§ 1688, 1773 und 1909ff, wo, während es sich in allen Fällen um dieselbe, nämlich um die mit der Sorge um die Person und das Vermögen eines Minderjährigen oder sonst Vertretungsbedürftigen verbundene Tätigkeit handelt, einmal der Ausdruck „Geschäftsbesorgung" und das andere Mal der Ausdruck „Besorgung von Angelegenheiten" gebraucht wird. Ausserdem aber würde diese Anwendung des Wortes „Geschäft" dem gewöhnlichen Sprachgebrauche durchaus widersprechen.

Von anderen Schriftstellern ist nun versucht worden, durch Aufstellung fester Kriterien für den Begriff „Geschäftsbesorgung" innerhalb der faktischen Handlungen eine Abgrenzung zu finden. Während Cosack[1]), dem sich Eck anschliesst, (ähnlich auch Planck und Crome) nur diejenige Tätigkeit als Geschäftsbesorgung ansieht, „die das Vermögen des Dienstempfängers rechtlich berührt", will Oertmann[2]) den Begriff nur auf eine solche Tätigkeit angewendet wissen, „die ein wirtschaftliches Resultat für den Dienstempfänger mit sich bringt" (ähnlich Engelmann[3]). Nach Hellmann[4])

---

[1]) Cosack, I. Aufl., Bd. 1, § 143, II, 1a Eck, i. d. Zeitschr. f. das ges. Handelsr., 48. Bd. S. 357. Plank, I. und II. Aufl. § 675 unter 2. Crome: Die partiarischen Rechtsgesch. S. 257.

[2]) Oertmann § 675 unter 1b.

[3]) Engelmann bei Staudinger, 2. Bd. § 675 unter 2.

[4]) Hellmann: in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 5. 3. Folge. S. 222.

wiederum soll Geschäftsbesorgung nur diejenige Tätigkeit sein, „die lediglich die Bestimmung hat, dem Dienstberechtigten eigene Arbeit abzunehmen[1])". In alle diese Bestimmungen des Begriffs „Geschäftsführung" ist zugleich der Gesichtspunkt mit aufgenommen, dass die Geschäftsbesorgung für andere erfolgt. Wenn es nun auch richtig ist, dass nur die Besorgung fremder Geschäfte rechtliche Bedeutung haben wird, — wenigstens in der Beziehung, von der hier allein die Rede ist, — so darf dieser Umstand deshalb doch nicht zur Bestimmung des allgemeinen Begriffs „Geschäftsbesorgung" benützt werden. Ausserdem liegt nach diesen Definitionen das Kriterium dafür, ob eine Handlung Geschäftsbesorgung ist, in der Wirkung derselben. Nun ist aber jede Tätigkeit, wie geartet sie auch sein mag, unter Umständen geeignet, das Vermögen einer anderen Person rechtlich, wie wirtschaftlich zu berühren. Die Umstände des einzelnen Falles also würden jedesmal dafür massgebend sein, ob eine Handlung als Geschäftsbesorgung anzusehen ist oder nicht. So wird z. B. von Cosack und Oertmann angenommen, dass die Tätigkeit des Arztes keine Geschäftsbesorgung sei; — nach ihrer Definition nicht unbedingt mit Recht. Denn wenn der Arzt den Grad der Erwerbsunfähigkeit des Arbeiters feststellt, nach welcher Feststellung sich die Höhe der Ansprüche desselben aus der Unfallversicherung bestimmt, so ist es sicher, dass diese Tätigkeit des Arztes das Vermögen des Arbeiters rechtlich, wie wirtschaftlich berührt; — wenigstens in demselben Masse, wie die von beiden Schriftstellern unbedingt als Geschäftsbesorgung bezeichnete Tätigkeit des Rechtsanwalts, der dem Arbeiter Rat erteilt, wie er diese Ansprüche geltend machen könne. Nach allem ist also die Unbrauchbarkeit der von Oertmann und Cosack aufgestellten Definitionen der Geschäftsbesorgung aus demselben Grunde herzuleiten, aus dem sich auch der von Aarons neu

[1]) Riezler (der Werkvertrag nach dem B.G.B, S. 75f.) sieht überhaupt davon ab, einheitliche Gesichtspunkte aufzustellen.

konstruierte Begriff der „juristischen Handlung“ als unhaltbar erwiesen hat.

Es ergibt sich, dass man, um eine befriedigende Definition der Geschäftsbesorgung zu finden, weniger von der Wirkung, dem Erfolge der Handlung, — wie Oertmann, Cosack und die übrigen genannten Schriftsteller — als von der Art derselben ausgehen muss. Das hat zuerst Hellwig[1]) versucht und ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass als Geschäftsbesorgung eine solche Tätigkeit anzusehen ist, „die auf einen bestimmten Erfolg gerichtet ist“. Unter Erfolg ist natürlich hier ein wirtschaftlicher Erfolg zu verstehen, oder, wie Hellwig sagt, ein solcher, „der auf dem geschäftlichen, d. h. auf dem Gebiete der für das Vermögen in Betracht kommenden Angelegenheiten liegen muss.“ Es kann nun gegen diese Begriffsbestimmung, was auch durch Staub[2]) geschehen ist, folgender Einwand erhoben werden. Wird bei der Geschäftsbesorgung das Hauptgewicht auf die Tätigkeit gelegt, so ist jede Handlung eine Geschäftsbesorgung, da ja jede Tätigkeit auf einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg gerichtet ist, jeder Dienstvertrag ein solcher, „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“; wird dagegen das Hauptgewicht auf den Erfolg gelegt, so ist jede einen wirtschaftlichen Erfolg herbeiführende Tätigkeit eine Geschäftsbesorgung, jeder Werkvertrag ein solcher, „der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat“. Und dass das eine ebensowenig, wie das andere im Sinne des Gesetzes ist, ist zweifellos. Dieser Einwand ist aber nicht stichhaltig: denn das Entscheidende ist weder die Tätigkeit, noch der Erfolg; das Entscheidende ist „die bestimmte Zielrichtung der Tätigkeit[3]).“

---

[1]) Hellwig, die Verträge auf Leistung an Dritte, S. 517, Anm. 42.

[2]) Staub, a. a. O. § 362 unter 3.

[3]) Vgl. Lenel in Iherings Jahrb. 44. Bd., S. 35. In Bezug auf das Verhältnis zwischen entgeltlicher Geschäftsbesorgung und Dienst- oder Werkvertrag, auf das hier nicht eingegangen werden kann, sei überhaupt auf diesen Aufsatz verwiesen.

Hiernach wird nicht im einzelnen Falle zu prüfen sein, ob und welche Wirkung eine Handlung auf das Vermögen eines anderen hervorgebracht hat; sondern aus der Art der Handlung, aus ihrer bestimmten Zielrichtung, ist ihr Charakter als Geschäftsbesorgung zu erkennen. Dieses Kriterium, auf das uns erst die Fassung unseres Gesetzes geführt hat, ergibt sich m. E. schon aus der natürlichen Bedeutung der Wortes „Geschäft", worunter nur eine zielbewusste Tätigkeit verstanden werden kann; ebenso wie das Wort „negotium" an und für sich schon nur eine solche Tätigkeit bezeichnet, „durch welche irgend welches ökonomisches Interesse einer Person nach irgend einer Richtung gefördert oder befriedigt werden soll[1])." Deshalb muss dieses Kriterium für das heutige, wie für das römische Recht in gleicher Weise massgebend sein. Wenn Monroy[2]) Bedenken hat, unter Geschäft auch eine faktische Handlung zu verstehen, weil z. B. doch eine blosse Beschädigung einer Sache keine Geschäftsbesorgung sein könne, so fallen diese Bedenken jetzt weg, da wir eine Abgrenzung innerhalb der faktischen Handlungen gefunden haben. Eine blosse Beschädigung einer Sache ist keine Geschäftsbesorgung; aber das Einreissen einer Scheune, welches die Weiterverbreitung eines Feuers verhindern soll, oder das Verbrennen überflüssigen Gestrüpps ist eine auf einen bestimmten wirtschaftlichen Erfolg gerichtete Tätigkeit, ist eine Geschäftsbesorgung.

§ 3. Das fremde Geschäft.

Welche Umstände machen nun ein Geschäft zu einem fremden? Schon die Glosse[3]) hat sich mit dieser Frage beschäftigt; und schon bei ihr finden wir die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften, welche auch heute noch von Bedeutung ist. Ein objektiv fremdes

[1]) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 673.
[2]) Monroy, a. a. O. S. 84.
[3]) Gl. ad D. 3, 5, l. 5, § 13, (l. 6, § 11).

Geschäft ist ein solches, welches unabhängig von der Willensrichtung des Handelnden einem fremden Vermögensbereiche angehört, während das subjektiv fremde Geschäft erst durch die Willensrichtung des Handelnden zu einem fremden Vermögen in Beziehung gesetzt wird. Es muss nun versucht werden, feste Merkmale für das objektiv fremde Geschäft zu finden.

In der gemeinrechtlichen Litteratur sind zahlreiche dahingehende Versuche gemacht worden, ohne dass jedoch ein befriedigendes Ergebnis erreicht worden wäre. So ist die von Dankwardt[1]) aufgestellte Begriffsbestimmung, nach welcher ein fremdes Geschäft ein solches ist, „das sich auf ein fremdes Vermögen bezieht und objektiv das Vermögenssubjekt berührt," wegen ihrer wenig bestimmten Fassung abzuweisen. Bestimmtere Kriterien sind von Ihering[2]) und Chambon aufgestellt worden. Ihering sieht das Merkmal des objektiv fremden Geschäfts darin, dass einen anderen als den Handelnden das „periculum negotiationis" trifft. Chambon stellt als weiteres Merkmal auf, dass einen anderen als den Handelnden das „periculum rei" trifft. Diese Umstände können aber deshalb nicht als untrügliche Merkmale des objektiv fremden Geschäfts angesehen werden, „weil die Gefahrtragung nicht der Grund, sondern erst die Folge der Vermögensangehörigkeit ist[3])." Und da nach dem Grunde der Vermögensangehörigkeit geforscht wird, so sollen doch gerade Kriterien für diejenigen Fälle gefunden werden, in denen die bezeichneten Folgen eintreten. Monroy[4]) schliesslich sieht das Wesen des fremden Geschäfts darin, dass es die Ausübung eines fremden Vermögensrechts enthalte, während das subjektiv fremde Geschäft sich als Wahrnehmung fremder Interessen darstelle. Jedoch auch diese Begriffs-

[1]) Dankwardt, Die negotiorum gestio, (1855) S. 35.

[2]) Ihering, Abhandl. aus dem röm. Privatr. 1, S. 73 f. Chambon, die neg. gestio, (1848) S. 33.

[3]) Isay, die Geschäftsführung nach dem B.G.B. S. 56. Monroy a. a. O. S. 57.

[4]) Monroy a. a. O. S. 16 f, S. 58 f.

bestimmung erweist sich schon deshalb nicht als verwertbar, weil zu wenig feststeht, was Rechtsausübung[1]) ist.

Im Gegensatz zu allen genannten Schriftstellern lehnt Aarons[2]) die Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremdem Geschäft ab und sieht darin nur „zwei Erscheinungsformen desselben Begriffs". Er bestimmt den einheitlichen Begriff des fremden Geschäfts folgendermassen: „Negotium alienum ist diejenige Handlung, welche den Inhalt hat, einem fremden Vermögen ein Objekt der Berechtigung bezw. Verpflichtung hinzuzufügen oder ein bereits darin befindliches zu entfernen, oder zu modifizieren, oder aber eine dieser Tatsachen zu verhindern." Dass diese Fassung zu allgemein ist, um praktisch brauchbar zu sein, ist klar, wenn man sich vergegenwärtigt, dass durch dieselbe auch der Fall getroffen wird, wo der Käufer den Kaufpreis zahlt, der Verkäufer die Sache übergibt, womit jeder von beiden doch zweifellos nur sein eigenes Geschäft besorgt[3]).

Man glaubte nun, bei der Behandlung der Besorgung fremder Geschäfte im B.G.B. wegen der Schwierigkeiten, welche die Feststellung des Begriffs des objektiv fremden Geschäfts macht, von der Unterscheidung zwischen objektiv und subjektiv fremden Geschäften absehen zu können, was nach den Motiven[4]) in der Fassung des § 677 („für einen Anderen", nicht „eines Anderen") zum Ausdruck kommen sollte. Trotzdem ist aber diese Feststellung nicht entbehrlich geworden, da uns das objektiv fremde Geschäft im § 687 wieder begegnet. Da die Versuche in der gemeinrechtlichen Litteratur, rein juristische Kriterien für diesen Begriff zu finden, nicht gelungen sind, so hat es in der neuesten Zeit Isay[5]) unternommen, auf einem

---

[1]) Vgl. Isay a. a. O. S. 60.

[2]) Aarons a. a. O. S. 195.

[3]) Vgl. Windscheid, II. Bd. § 430, Anm. 1. Monroy a. a. O. S. 4/5, Isay a. a. O. S. 70.

[4]) Motive Bd. 2. S. 855.

[5]) Isay a. a. O. S. 61 f.

anderen Wege zum Ziele zu gelangen. Isay geht davon aus, dass die Vermögensangehörigkeit eines Geschäfts nicht durch die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse, sondern durch das wirtschaftliche Interesse, dem das Geschäft dient, bestimmt wird. In den meisten Fällen wird nun allerdings die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse dem zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Interesse entsprechen und insofern ein äusseres Kennzeichen für die Vermögensangehörigkeit eines Geschäfts sein. So wird man z. B. im allgemeinen nicht fehl gehen, wenn man annimmt, dass der Eigentümer einer Sache, der die Nutzungen aus derselben zieht, oder Verwendungen auf dieselbe macht, ein eigenes Geschäft besorgt, obwohl auch dieser Satz nicht als absolute Regel aufgestellt werden kann[1]).

Welches sind nun aber jetzt die besonderen Merkmale des objektiv fremden Geschäfts? Ein objektiv fremdes Geschäft ist ein solches, das nach der Verkehrsanschauung von dem wirtschaftlichen Interesse einer anderen als der handelnden Person beherrscht wird[2]). Die

---

[1]) Vgl. Isay a. a. O. S. 62, auch Hellwig, a. a. O. S. 545 o.

[2]) Wenn es nottut, wird das Ges., die Verkehrsanschauung ergänzend, eingreifen und einem Geschäfte durch positive Bestimmung den Charakter eines objektiv fremden Geschäftes aufprägen: so im § 61, H.G.B., wo dem Prinzipal das Recht gewährt wird, ein Geschäft, welches der Handlungsgehilfe auf eigene Rechnung im Handelszweige des Prinzipals abschliesst, als das seine in Anspruch zu nehmen. Aus der Natur des Handelsgewerbes ergibt sich, dass die Gesamtheit der Tätigkeit, welche der Handlungsgehilfe im Handelszweige seines Prinzipals entfaltet, von dem wirtschaftlichen Interesse des Prinzipals beherrscht wird: denn erst die Gesamtheit der vom Kaufmann innerhalb seines Betriebes abgeschlossenen Geschäfte bringt diesem den erhofften Gewinn, während einzelne Geschäfte, für sich betrachtet, sogar mit Schaden für den Kaufmann verbunden sein können. Eine Verkehrsanschauung, nach welcher jedes einzelne vom Handlungsgehilfen im Handelszweige seines Prinzipals abgeschlossene Geschäft als dem Vermögensbereiche des Prinzipals angehörig angesehen wird, hat sich jedoch noch nicht gebildet, welche Lücke durch die Bestimmung des § 61 H.G.B. ausgefüllt ist. — Anders Isay (a. a. O. S. 66), der hier nur ein subjektiv fremdes Geschäft annimmt, während

Verkehrsanschauung wird nun bald im positiven Recht ihren Ausdruck finden, — man denke an die Vorschriften über die Gefahrtragung — bald wird sie sich im Anschluss an die rechtliche Gestaltung der Verhältnisse bilden. Man kann demnach dem Reichsgericht[3]) beipflichten, wenn es in der Regel in der Verfügung über fremdes Vermögen ein objektiv fremdes Geschäft sieht, wozu auch die Verfügung über fremde Immaterialrechte zu rechnen ist.

Wenn auch hiermit noch keine ohne weiteres anwendbare Begriffsbestimmung des objektiv fremden Geschäfts gefunden ist, da erst immer das Vorhandensein einer Verkehrsanschauung festgestellt werden muss (was jedoch kaum jemals schwierig sein wird), so scheint mir dieses Vorgehen Isays, bei welchem das wirtschaftliche Interesse massgebend ist für die Beurteilung der Vermögensangehörigkeit eines Geschäfts, dennoch einen erheblichen Fortschritt zu bedeuten. Zum mindesten ist damit die Richtung gefunden worden, in der die Lösnng der Frage nach Vermögensangehörigkeit eines Geschäfts vom Richter gesucht werden muss.

Bermann (a. a. O. S. 18) in Uebereinstimmung mit der hier vertretenen Auffassung ein objektiv fremdes Geschäft als vorliegend erachtet. — Dass in dem hier besprochenen Falle Führung eines fremden Geschäfts vorliegt, scheinen auch Staub (a. a. O. Anm. 3 zu § 61), Behrend (Lehrbuch des Handelsrechts, I. Bd. I. Abt., § 45, Anm. 50) und das Reichsgericht in der Entscheidung vom 24. Juni 1889 (Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. VIII, Nr. 543) anzuerkennen, da sie den Handlungsgehilfen für zur Rechnungslegung verpflichtet halten, was in Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung doch nur aus dem allgemeinen Grundsatze hergeleitet werden kann, dass eine Pflicht zur Rechnungslegung überall da besteht, wo fremde Geschäfte geführt werden. (Vgl. Treitel im Arch. f. bürgerl. Recht. Bd. XIV, S. 33). Was hier über § 61 H.G.B. gesagt ist, gilt entsprechend auch für § 113 H.G.B.

[1]) R.G Bd. 37, S. 45 und Bd. 35, S. 64.

§ 4. Die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen.

Nachdem die Grundlage, der Begriff des fremden Geschäfts, festgestellt ist, können wir nunmehr dazu schreiten, die Merkmale einer solchen Geschäftsführung zu finden, bei der ein fremdes Geschäft als eigenes geführt wird. Wenn jemand ein fremdes Geschäft als eigenes führt, so bedeutet das, dass er ein Geschäft, das an und für sich (also unabhängig von seiner Willensrichtung) einem fremden Vermögensbereiche angehört, so behandelt, als ob es seinem Vermögensbereiche angehörte. Daraus ergibt sich zunächst, dass hier nur objektiv fremde Geschäfte in Betracht kommen können, was auch in der Fassung des § 687 B.G.B. zum Ausdruck kommt. Es ist schon aus diesem Grunde das von Cosack[1]) für die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen gebrachte Beispiel zurückzuweisen. Das Beispiel gibt folgenden Tatbestand.

„A., der entlassene Commis des B. macht auftraglos in Namen des B., aber für eigene Rechnung, glückliche Börsenspekulationen. A. haftet dem B. als Geschäftsführer." Der Umstand, dass A. das Geschäft im Namen des B. abschliesst, kann unmöglich die Bedeutung haben, dass dadurch das Geschäft zu einem objektiv fremden wird[2]).

Das von Cosack gebrachte Beispiel entspricht jedoch auch den weiteren Voraussetzungen nicht, die wir an die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen stellen.

Um über diese Voraussetzungen Klarheit zu erlangen, wird es sich empfehlen, demjenigen, der ein fremdes Geschäft als eigenes führt, einen solchen gegenüber zu stellen, der ein fremdes Geschäft als solches führt. Letzterer kann

---

[1]) Cosack, 1. Bd. § 155, VIII. 2.

[2]) Auch in den Protokollen (Bd. 2. S. 743) wird dem Umstande, dass ein Geschäft im eigenen oder im fremden Namen abgeschlossen wird, eine so weit gehende Bedeutung beigelegt. Es heisst dort, es könne kein objektiv fremdes Geschäft vorliegen, wenn jemand eine fremde Sache im eigenen Namen verkaufe.

sowohl im eigenen Namen, wie im Namen des Geschäftsherrn handeln, wenn er nur die Absicht hat, das Geschäft für Rechnung des Geschäftsherrn zu besorgen. Ersterer dagegen muss nicht nur die Absicht haben, das Geschäft für eigene Rechnung zu besorgen, sondern muss auch im eigenen Namen handeln[1]). Sein Handeln und die Absichten, mit denen er handelt, müssen eben ganz so beschaffen sein, wie wenn das Geschäft gar kein fremdes wäre, sondern seinem Vermögensbereiche angehörte. Wenn also z. B. das fremde Geschäft im Verkauf einer fremden Sache besteht, so muss der Handelnde die Sache im eigenen Namen und mit der Absicht verkaufen, den Kaufpreis für sich zu behalten.

Sehr nahe liegt nun die Frage, ob jedes Geschäft seiner Natur nach es zulässt, dass ein anderer als der Geschäftsherr es als eigenes behandelt. Für die Beantwortung dieser Frage lässt sich der Grundsatz aufstellen, dass nur ein solches Geschäft von einem andern als dem Geschäftsherrn als eigenes geführt werden kann, das auch in diesem Falle — dass es nämlich ein anderer als der Geschäftsherr als eigenes führt — denselben Erfolg herbeizuführen imstande ist, als wenn es der Geschäftsherr selbst geführt hätte. Bei rein faktischen Handlungen wird das immer zutreffen: es ist für den Erfolg gleichgültig, ob der wirkliche oder vermeintliche Eigentümer eines Grundstücks eine Reparatur an demselben vornimmt. Auch bei Rechtsgeschäften, die eine Verfügung über eine Sache enthalten, wird es keinen Unterschied machen, ob der Eigentümer oder ein Anderer das Rechtsgeschäft im eigenen Namen abschliesst. Der gewünschte Erfolg kann in beiden Fällen eintreten, wenn auch im letzten Falle noch die Genehmigung des Eigentümers hinzukommen muss. Anders steht es bei Verfügungen über Forderungsrechte. Die Einziehung, Verpfändung oder Cession eines Forderungrechts ist ein Geschäft, das in der Regel nicht von einem anderen als dem wirklichen Gläubiger als

[1]) Anders Cosack in dem oben mitgeteilten Beispiele und offenbar auch Engelmann bei Staudinger § 687 sub 3 a. a. E.

eigenes geführt werden kann. Der Grund hierfür liegt in dem engen Zusammenhange des Forderungsrechts mit der Person des Berechtigten. Eine Forderung ist nur dann erfüllt, wenn die geschuldete Leistung an denjenigen bewirkt wird, an den sie nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses bewirkt werden soll. Wird an einen anderen, der irrtümlich für den Berechtigten gehalten wird, geleistet, so kann dadurch der erstrebte Erfolg in keiner Weise herbeigeführt werden[1]).

Jedoch in der Praxis und in der Litteratur des gemeinen Rechts finden wir zum Teil die entgegengesetzte Ansicht vertreten[2]). Begründet ist sie allein in der in Seufferts Archiv, Bd. 37 Nr. 308 abgedruckten Entscheidung. Diese stützt sich darauf, dass derjenige, der eine fremde Forderung einzieht, in die Rechtssphäre des Berechtigten eingreift: „denn er bedient sich unbefugterweise eines dem letzteren ausschliesslich zustehenden Rechtstitels und will die hiermit verbundene Rechtsfolge, wenn der Eintritt derselben auch vom Berechtigten verhindert werden kann." Aus den letzten Worten geht hervor, dass die Entscheidung von der falschen Voraussetzung ausgeht, der Berechtigte könne durch seine blosse Genehmigung die Befreiung des Schuldners herbeiführen. Diese Voraussetzung ist deshalb falsch, weil dadurch, dass jemand im eigenen Namen — entweder in betrügerischer Absicht, oder weil er sich irrtümlich für den Berechtigten hält — von dem Schuldner eine in Wirklichkeit einem Andern zustehende Forderung einzieht, das Forderungsrecht des wahren Gläubigers gegen den Schuldner in keiner Weise berührt wird.

Durch das zwischen dem falschen Gläubiger und dem Schuldner abgeschlossene Erfüllungsgeschäft sollte eine an-

[1]) Monroy a. a. O. S. 113, 119 f. Zimmermann: Echte und unechte negotorum gestio (1873) S. 57. Ruhstrat im Arch. f. civil. Praxis. Bd. 67, S. 414 f. R.G. Bd. 10, S. 240.

[2]) Seuffert: Die Lehre von der Ratihabition der Rechtsgeschäfte S. 15—21. Eneccerus, Bd. 2, § 301, 1. Kuhlenbeck, I. Bd. 2. Tl. § 687 sub 1.

geblich dem falschen Gläubiger zustehende, in Wirklichkeit aber gar nicht bestehende Forderung getilgt werden. Eine Genehmigung des wahren Gläubigers muss, da sich das Erfüllungsgeschäft ja garnicht auf seine Forderung bezog, völlig bedeutungslos sein; — wie sollte er denn über eine Forderung, die ihm gar nicht zusteht, verfügen können? Dem Schuldner, dem vielleicht Gegenforderungen oder sonstige Einreden gegen den wahren Gläubiger zustehen, kann durch eine solche Genehmigung nicht das Recht genommen werden, die Mängel des von ihm abgeschlossenen Geschäfts geltend zu machen und, da er ja tatsächlich ein indebitum geleistet hat[1]), die condictio indebiti gegen den vermeintlichen Gläubiger anzustrengen. Eine Befreiung des Schuldners kann (das Gegenteil ist in der genannten Entscheidung zu Unrecht angenommen) hier nicht durch eine Genehmigung des wahren Gläubigers, also nicht durch eine einseitige Willenserklärung desselben, sondern nur durch einen neuen Vertrag herbeigeführt werden.

Nicht kann als richtig anerkannt werden, was Rehbein („Die Entscheid. des vorm. preuss. Obertrib. Bd. 2, S. 623, Note,) behauptet: „es könne darauf, dass durch die Zahlung an den Unberechtigten der Schuldner nicht befreit werde, nicht ankommen: das wäre auch da so, wo der Unberechtigte als falsus procurator aufträte, in welchen Falle die actio negotiorum gestorum directa unbeanstandet zugelassen werde.“ Rehbein übersieht hier den wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Fällen, die er nebeneinanderstellt. Wenn der Unberechtigte nämlich eine Forderung als Vertreter des Gläubigers einzieht, so steht es wohl in der Macht des Gläubigers, den Schuldner durch Genehmigung der in seinem Namen ohne Vertretungsmacht erfolgten Annahme der Erfüllung zu befreien. Den Mangel der Vertretungsmacht kann der Schuldner nach erfolgter Genehmigung nicht rügen, da derselbe durch die Genehmigung ja geheilt ist. Und im übrigen ist hier für eine condictio

[1]) Vgl. D. 12, 6, L. 65 § 9; §§ 812, 813 BGB.

indebiti des Schuldners gegen den Vertreter des Gläubigers kein Platz, da ja beim Abschlusse des Erfüllungsgeschäftes die Absicht des Schuldners dahin ging, die dem wahren Gläubiger gegen ihn zustehende Forderung zu tilgen. Von diesem Falle reden auch nur, wie Ruhstrat a. a. O. ausführlich dargethan hat, die Stellen, auf welche die genannte Entscheidung ihre von uns bekämpfte Auffassung stützt; nämlich D. 3, 5, L. 5 §§ 11, 12 (L. 6 §§ 9, 10), D. 12, 4 L. 14, D. 46, 3 L. 62, D. 47,2 L. 81 (80) § 5, C. 2,19 L. 9, während die hier vertretene Auffassung für das römische Recht in D. 2,15 L. 3 § 2, für das heutige Recht in der Vorschrift des § 177 B.G.B. seine Bestätigung findet.

Danach ist, da die Einziehung einer fremden Forderung als einer eigenen das Erlöschen des in Frage stehenden Forderungsrechts nicht herbeiführen kann, nach dem an die Spitze dieser Erörterungen gestellten Grundsatze die Einziehung einer Forderung ein Geschäft, das von einem anderen als dem Geschäftsherrn nicht als eigenes geführt werden kann.

Der Einziehung einer Forderung steht in dieser Hinsicht die Zahlung einer Schuld gleich[1]).

Dieser Grundsatz wird in den Fällen eine Ausnahme erleiden, in denen der Schuldner durch Zahlung an den vermeintlichen Gläubiger ausnahmsweise befreit wird. Im römischen Recht ist da an den Fall zu denken, dass der Schuldner an den Erbschaftsbesitzer als vermeintlichen Erben zahlt, und dieser die Erbschaft an den Erben herausgibt, (D. 5, 3, l. 31, § 5.) sodann an den auch nach heutigem Rechte möglichen Fall, dass der Schuldner an den Gläubiger, der seine Forderung cediert hat, ohne Kenntnis von der Cession leistet. (Vgl. § 407 B.G.B.) In beiden Fällen tritt derselbe Erfolg ein, wie wenn der Gläubiger selbst die Erfüllung angenommen hätte. Deshalb ist hier die Einziehung einer

[1]) Vgl. hierzu besonders Oertmann im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 82, S. 460—466.

fremden Forderung als einer eigenen möglich und stellt sich als Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen dar. Im modernen Recht haben sich diese Fälle infolge der Verkörperung der Forderungen in Wertpapieren erheblich vermehrt[1]). Wer im Besitze eines Inhaberpapieres oder eines mit Blanko-Indossament versehenen Ordre-Papieres ist, ist, wenn auch nicht immer zur Verfügung über die in denselben verkörperte Forderung berechtigt, so doch dazu legitimiert, sodass er sie gültig einziehen und verpfänden kann. In jeder dieser Handlungen liegt, wenn sie von Nichtberechtigten im eigenen Namen vorgenommen wird, die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen.

II. Abschnitt.

Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen und negotiorum gestio.

I. Bedeutung des animus aliena negotia gerendi für die negot. gestio:

1. Nach römischem Recht.

§ 5. A. Ist der animus aliena negotia gerendi Voraussetzung der negotiorum gestio?

Nur im subjektiven Moment auf Seiten des Gestors kann der Grund liegen, wenn die Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen in der Wissenschaft allgemein nicht als (echte) neg. gestio angesehen wird. Deshalb ist es für uns notwendig, die Bedeutung desselben für die neg. gestio näher zu untersuchen. In der Wissenschaft gehen die Ansichten darüber auseinander. Man ist zwar darüber einig, dass der animus aliena negotia gerendi zur Begründung der Ansprüche

[1]) Monroy a. a. O. S. 126.

des Gestors, der actio neg. gest. contraria, erforderlich ist. Streit herrscht jedoch in Bezug auf die a. directa. Während einige Schriftsteller die Ansicht vertreten, dass zur Entstehung der a. dir. das Eingreifen in einen fremden Vermögensbereich genüge, verlangen andere auch für diese das Vorhandensein des animus aliena negotia gerendi.[1])

Untersuchen wir zunächst, ob die Vertreter der ersten Ansicht durch Beläge aus den Quellen derselben einen Halt zu geben vermögen. Sie stützen sich hauptsächlich auf folgende Stellen: D. 3, 5, l. 30 (31) § 1; D. 3, 5, l. 48 (49); Cod. 3, 32, l. 3; D. 20, 5, l. 12, § 1. In D. 3, 5, l. 30 (31) § 1 wird berichtet, dass jemand die Geschäfte des Sempronius und unter diesen auch, ohne es zu wissen, ein Geschäft des Titius besorgt. Es ist unrichtig zu behaupten, dass hier der animus al. neg. ger. fehlt. Der Gestor hatte die Absicht, fremde Geschäfte zu besorgen, wobei der Irrtum in Bezug auf die Person bedeutungslos ist.

In den übrigen Stellen wird allerdings eine act. neg. gest. dir. gewährt, obwohl es zweifelhaft ist, ob der animus al. neg. ger. vorhanden ist. Es muss dabei jedoch berücksichtigt werden, dass die a. neg. gest. eine a. bonae fidei ist. Die Formel der a. bonae fidei überliess es dem Richter, den Inhalt und Umfang des klägerischen Anspruchs zu

---

[1]) Die erste Ansicht ist zuletzt von Monroy vertreten worden. Nach ihm ist der Unterschied zwischen den objektiv und subjektiv fremden Geschäften ein derart wesentlicher, dass diese die Grundlage zweier völlig verschiedener Rechtsinstitute bilden: der vollmachtslosen Ausübung fremder Vermögensrechte und der auftraglosen Wahrnahme fremder Interessen. Während die Entstehung der letzteren von dem a. al. neg. ger. abhängig sei, beruhe erstere auf rein objektiven Momenten. (a. a. O. S. 67). Die übrigen Vertreter der beiden Ansichten sind aufgezählt bei Zimmermann a. a. O. S. 6, Anm. 2, S. 7, Anm. 4; für die erste Ansicht ist ausser den dort angeführten Schriftstellern zu nennen Goldschmidt, Handb. des Handelsr. 1868, Bd. 1. Abtl. 2. S. 743, Anm. 29, Wendt, § 273, 1; für die zweite Ansicht Wlassak a. a. O. S. 26/27.

bestimmen. Zunächst liess sich der Richter dabei nur von seinem Gewissen und seiner Kenntnis der Lebensverhältnisse leiten. Später aber haben sich für die einzelnen bonae fidei judicia bestimmte Grundsätze ausgebildet, nach denen der Richter regelmässig verfuhr[1]). So wissen wir, dass bei der a. neg. gest. der Richter regelmässig den Umfang des Anspruchs des Geschäftsherrn dahin bestimmte, dass dieser vom Geschäftsführer Rechnungslegung und Herausgabe alles durch die Geschäftsführung Erlangten verlangen konnte. Hat sich der Richter nun auch bei der actio neg. gest., welche in den hier in Frage kommenden Fällen gewährt wurde, an diese Grundsätze gehalten?

Die Stelle D. 3, 5 L. 48 (49) enthält folgenden Tatbestand: Der Käufer eines Sklaven hat eine Sache, die dieser dem Verkäufer entwendet hatte, als eigene verkauft. Dem Verkäufer wird eine a. neg. gest. auf Herausgabe des Kaufpreises gewährt:

„ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses."

Auffallend ist hier, dass zur Voraussetzung der Klage der Untergang der Sache gemacht wird, und dass die Klage nur auf Herausgabe des Kaufpreises gerichtet ist. Wäre der Richter nach den bei der a. neg. gest. üblichen Grundsätzen verfahren, so hätte er die Klage auch vor Untergang der Sache gewähren können; ferner hätte er den Gestor nicht nur zur Herausgabe des Kaufpreises, sondern zur Rechnungslegung und zur Herausgabe alles durch die Geschäftsführung Erlangten verurteilen müsse. Man hat also auch in diesem Falle, wo der animus al. neg. ger. fehlt, eine a. neg. gest. gegeben, hat es aber hier für angemessen gehalten, den Gestor nur zur Herausgabe der Bereicherung, die er durch die Geschäftsführung erfahren hat, zu verurteilen. Denn dass die a. neg. gest. in diesem Falle nur insoweit zugelassen worden ist, als der Gestor bereichert worden ist, geht eben daraus hervor, dass die Gewährung derselben von dem

[1]) Vgl. Karlowa a. a. O. S. 683ff.

Untergange der Sache abhängig gemacht worden ist, weil erst durch die Unmöglichkeit der rei vindicatio das Vermögen des Dominus vermindert worden ist; und dass ferner der Gestor nur zur Herausgabe des Kaufpreises, welcher eben seine Bereicherung darstellt, verurteilt worden ist[1]). Es wird auch an einer anderen Stelle bei ähnlichem Tatbestande ausdrücklich eine condictio sine causa gewährt. (D. 12, 1 L. 23)[2]).

Während es in der soeben behandelten Stelle feststeht, dass der animus al. neg. ger. nicht vorhanden ist, ist aus C. 3, 32, l. 3 und D. 20, 5, l. 12, § 1 nicht zu entnehmen, ob der Gestor weiss, dass er fremde Geschäfte besorgt, oder ob es ihm unbekannt ist. Es müssen deshalb beide Möglichkeiten berücksichtigt werden. Der Tatbestand ist in beiden Stellen, rechtlich angesehen, der gleiche. Der Ehemann verkauft ein Grundstück seiner Ehefrau als eigenes; ein Schuldner verpfändet eine ihm nicht gehörige Sache als eigene, die der Pfandgläubiger dann unter Ausschluss der Haftung für Eviction verkauft. Der Ausschluss dieser Haftung durch den verkaufenden Pfandgläubiger hat die Bedeutung, dass ihm der Kaufpreis auf jeden Fall erhalten bleibt, der Schuldner also bis zur Höhe desselben endgültig befreit ist. In beiden Fällen hat der Dominus die Wahl, die Sache zu vindicieren oder nach Genehmigung des Verkaufs die a. neg. gest. dir. anzustellen. Nehmen wir nun (mit Zimmermann[3]), Köllner, Witte) an, dass der Gestor mala fide gehandelt hat, so können die Stellen die Ansicht, dass der

---

[1]) Windscheid § 424, Anm. 1. Krüger im Arch. f. civ. Pr. Bd. 63, S. 382. Schröder, Das Commodum bei der Erbschaftsklage, S. 17.

[2]) Für das gemeine Recht, wo auf die Formel nichts mehr ankommt, kann man den Satz aufstellen, dass bei Fehlen des animus a. neg. ger. dem Dominus gegen den Gestor ein Anspruch aus der ungerechtfertigten Bereicherung zusteht.

[3]) Zimmermann, a. a. O. S. 24, 52. Köllner, Die Grundzüge der obligatio neg. gest. (1856) S. 46. Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts (1859) S. 330.

an. al. neg. ger. zur Begründung der a. dir. nicht erforderlich sei, nicht stützen: das Bewusstsein des Gestors, fremde Geschäfte zu besorgen, war ja dann vorhanden. Nehmen wir aber bona fides des Gestors an, so lässt der Inhalt der Stellen keinen Zweifel darüber, dass auch hier die actio neg. gest. nur bis zum Belaufe der Bereicherung gewährt wurde. In beiden Fällen wird die Entstehung der Klage abhängig gemacht vom Verluste der rei vindicatio: denn die Genehmigung des Verkaufs, die auch durch Anstellung der a. neg. gest. erklärt werden kann (D. 20, 5, l. 12, § 1),[1]) bedeutet den Verzicht auf die rei vindicatio. Jedes noch mögliche Bedenken aber wird zerstört in der zweiten Stelle durch die Begründung der Zulassung der Klage mit den Worten: „ne ex aliena jactura lucrum adquirat."

Während also in den Quellen auf der einen Seite kein Fall erwähnt wird, in dem eine actio neg. gest. dir. auf Grund rein objektiver Momente gewährt wird, finden sich auf der anderen Seite Stellen, in denen bei Besorgung eines objektiv fremden Geschäfts die Zulassung der a. dir. ausdrücklich von dem Vorhandensein des a. al. neg. ger. abhängig gemacht wird. Eine solche Stelle sehen Zimmermann[2]) und Köllner[3]) in D. 3, 5, l. 5, § 6 (l. 6. § 4), wo berichtet wird:

„Nam et si cui mandavero, ut meum negotium gerat, quod mihi tecum erat commune, dicendum esse Labeo ait, si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum tibi teneri.

B. gibt dem C. den Auftrag, ein ihm mit dem A. gemeinsames Geschäft zu besorgen. Eine neg. gestio zwischen C. und A. entsteht nur dann, wenn C. weiss, dass das von ihm besorgte Geschäft auch dem A. angehört, woraus der Schluss gezogen werden muss, dass der an. aliena negotia gerendi unbedingtes Erfordernis der neg. gestio ist. Das ist der Gedankengang von Zimmermann und Köllner. Ist es

---

[1]) Krüger im Arch. f. civ. Prax. Bd. 62. S. 205/206.
[2]) Zimmermann, a. a. O. S. 18.
[3]) Köllner a. a. O. S. 31.

nun aber nicht auffallend, dass hier dieses Erfordernis noch einmal besonders hervorgehoben ist? C. handelt ja doch an und für sich schon mit dem an. al. neg. ger., da er auf Grund eines Auftrages handelt; und wir wissen aus den Quellen, dass der Irrtum über die Person des Dominus bedeutungslos ist[1]). Noch bedenklicher erscheint aber die Auffassung der genannten Schriftsteller, wenn man sich die Konsequenzen derselben vergegenwärtigt. C. würde danach zugleich Ansprüche gegen B. aus dem Mandate und, wenn auch subsidiär, gegen A. aus der neg. gestio haben. Wenn nun B. in Konkurs gerät, so wird C. die a. neg. gest. contr. gegen A. geltend machen, womit dann die Forderung des B. gegen A. (a. mand. oder a. neg. gest.) der Konkursmasse entzogen würde[2]). Oder nehmen wir einen andern Fall an, dass nämlich A. den B. befriedigt hat, C. aber von B. keine Befriedigung erlangen kann; C. wird dann gegen A. die a. neg. gest. contraria geltend machen, sodass A. zweimal zahlen müsste[3]). Ein solches Missverhältnis würde überall da entstehen können, wo der Beauftragte den ihm erteilten Auftrag durch Gehilfen ausführen lässt[4]).

Wie ist es nun aber D. 3, 5 L. 5 § 6 (L. 6 § 4) im Einklange mit den Grundsätzen der neg. gestio zu erklären? — Es kann nicht bezweifelt werden, dass die Tätigkeit des C. sich zunächst als Besorgung eines eigenen Geschäfts darstellt, welches den Inhalt hat, ihn (den C.) von den durch die Uebernahme des ihm von B. erteilten Auftrages

---

[1]) Vg. D. 3, 5, l. 5 § 1, l. 30 (31) § 1. l. 5. § 10 (l. 6, § 8). Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob der Handelnde Mandatar oder neg. Gestor ist (anders Zimmermann a. a. O. S. 20, Anm. 29). Vielmehr ist sogar anzunehmen, dass der ohne Auftrag Handelnde in den meisten Fällen viel mehr mit Rücksicht auf die Person des Dominus tätig ist, wie der Mandatar, worunter hier überhaupt ein aus einem Arbeitsvertrage Verpflichteter verstanden werden muss.

[2]) Vg. Tuhr: Actio de in rem verso, S. 317, Anm. 34.

[3]) Vg. Ruhstrat im Magazin f. das deutsche Recht der Gegenwart, Bd. 4, S. 193.

[4]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 25, S. 81 ff.

ihm auferlegten Verpflichtungen zu befreien[1]). Fernerhin werden aber durch die Tätigkeit des C. zugleich die Interessen seines Auftraggebers (des B.) und dessen Geschäftsherrn (des A.) berührt. Für das Verhältnis zwischen A. und B. kann Mandat und neg. gestio in Frage kommen; wir wollen für unseren Fall das erstere annehmen. Wenn jemand (B.) die Ausführung eines ihm erteilten Auftrages einem anderen (C.) überträgt, so „macht er dadurch das Interesse seines Auftraggebers zu dem seinigen[2])." Die Tätigkeit, die der von ihm Beauftragte (C.) in Ausführung dieses Auftrages entfaltet, ist — abgesehen von dem eigenen Interesse des Beauftragten (C.) — in erster Reihe von seinem (des B.) wirtschaftlichem Interesse beherrscht. Sein Auftraggeber (A.) wird durch diese Tätigkeit erst in zweiter Reihe und nur in geringem Masse berührt, da er ihm ja für die Ausführung des Auftrages verpflichtet bleibt. Die Vermögensangehörigkeit eines Geschäfts wird nun, wie an anderer Stelle auseinandergesetzt worden ist, durch das wirtschaftliche Interesse, von welchem das Geschäft beherrscht wird, bestimmt; mit anderen Worten: es ist, falls durch ein und dieselbe Tätigkeit die wirtschaftlichen Interessen mehrerer Personen berührt werden, für die Bestimmung der Vermögensangehörigkeit des Geschäfts das überwiegende Interesse massgebend. In unserem Falle kann nach allem ohne Bedenken das Interesse des Beauftragten (des C.) im Verhältnisse zu dem des Geschäftsherrn seines Auftraggebers (des A.) als das überwiegende angesehen werden.

Demnach kann also die von C. zur Ausführung des ihm von B. erteilten Auftrages entfaltete Tätigkeit keine neg. gestio zwischen C. und A. begründen, weil diese Tätigkeit gar nicht die Besorgung eines dem A. angehörigen Geschäftes

---

[1]) Nach Neumann, Bd. I, S. 303, Vorbemerkg. z. X. Titel, besorgt derjenige, der einen ihm erteilten Auftrag ausführt, zugleich ein fremdes und ein eigenes Geschäft.

[2]) Vgl. Neumann, § 664 sub. 2c. Staub, § 383, Anm. 20 und die dort angegebenen Entscheidungen, bes. R.G. Bd. 40, S. 189 u. R.O.H.G. Bd. 22, S. 253.

ist[1]). Eine neg. gestio kann aber in der Uebernahme des Auftrages durch C. liegen, wenn sie in der Absicht erfolgt, damit im Interesse des A. tätig zu werden; die Grundlage dieser neg. gestio ist jedoch ein subjektiv fremdes Geschäft[2]). Aus der anders nicht erklärlichen Hervorhebung des Umstandes in D. 3, 5, l. 5, § 6 (l. 6, § 4), dass C. wusste, um wessen Angelegenheiten es sich bei dem ihm erteilten Auftrage handele, müssen wir nun entnehmen, dass C. durch diese Kenntnis zur Uebernahme des Auftrages bestimmt wurde, dass er mit der Uebernahme ein Geschäft des A. besorgen wollte.

Wenn demnach die genannte Stelle nicht dazu benutzt werden kann, die unbedingte Erforderlichkeit des animus al. neg. ger. für die neg. gestio zu beweisen, so kann dieser Beweis doch durch andere Stellen in ausreichender Weise erbracht werden. Es wird uns im Schlusssatz von D. 17, 1, l. 22, § 10 folgender Fall berichtet. Mehrere Konkursgläubiger haben dem Kurator den Auftrag zum Verkaufe der Konkursmasse erteilt. Wissen sie, dass noch andere Konkursgläubiger vorhanden sind, so steht diesen gegen sie, nämlich die anwesenden Gläubiger, die a. neg. gest., andernfalls nur eine a. in factum, — welche vermutlich auf die ungerechtfertigte Bereicherung gestützt ist —, zu. Im C. 3, 36, l. 20 wird vom Verkaufe einer zum Nachlasse gehörigen Sache durch einen Miterben gehandelt. Es wird unterschieden, ob er die Sache mit Rücksicht auf die anderen Erben oder als eigene verkauft hat. Ersterenfalls machen die anderen Erben den Anspruch mit der a. mandati bezw. a. neg. gest. geltend; anderenfalls mit der hereditatis petitio. Da in diesen Stellen der a. al. neg. ger. ganz deutlich als notwendige Voraussetzung der neg. gestio bezeichnet wird, so

---

[1]) Neumann, § 677 sub. 2c. Hellwig a. a. O. S. 38. Hellwig weist mit Recht auf die Schwierigkeiten hin, welche durch Beurteilung desselben Tatbestandes nach zwei verschiedenen rechtliche Gesichtspunkten entstehen können.

[2]) Vgl. Bermann, a. a. O. S. 28, Windscheid II, § 431, 2.

ist damit bewiesen, dass derselbe ein unbedingtes Erfordernis der neg. gestio ist[1]).

---

§ 6. B. Wesen des animus aliena negotia gerendi.

Genügt es, so müssen wir weiter fragen, wenn der Gestor weiss, dass er fremde Geschäfte besorgt; oder muss er die Absicht haben, dieselben als fremde zu besorgen? — Unrichtig erscheint es mir, wenn man (wie Isay[2]) die Frage nach dem Wesen des animus al. neg. ger. dahin fasst, ob er der Wille, fremde Geschäfte zu besorgen, oder das Bewusstsein dieses Umstandes sei. Derjenige, der das Bewusstsein hat, dass ein Geschäft ein fremdes ist, und dennoch den Entschluss fasst, dasselbe zu besorgen, muss notwendig auch den Willen haben, ein fremdes Geschäft zu besorgen[3]). Die Fragestellung Isays ist deshalb, wenn er auch offenbar das Richtige meint, jedenfalls geeignet, Missverständnisse zu erregen.

Geben uns nun die Quellen über diese Frage Aufschluss? — Zu bedenken ist, dass Fälle, in denen jemand bewusst fremde Geschäfte als eigene besorgt, sicherlich sehr selten vorkommen, sodass die römischen Juristen vielleicht kaum Veranlassung hatten, dieselben in den Kreis ihrer Erwägungen zu ziehen. Wird jedoch auch nur von einem einzigen derartigen Falle berichtet, dass er nach den Grundsätzen der neg. gestio zu entscheiden sei, so wird dies genügender Beweis dafür sein, dass unter dem animus al. neg. ger. nur das Bewusstsein des Gestors, dass er fremde Geschäfte besorge, zu verstehen ist. Isay will einen solchen Fall in D. 3, 5, l. 5 § 6 (l. 6, § 4) gefunden haben. Wir haben aber bereits erörtert, dass die Hervorhebung des

---

[1]) Mit diesem Beweise ist zugleich der von Monroy aufgestellten Theorie die Grundlage entzogen.

[2]) Isay a. a. O. S. 97.

[3]) Köllner a. a. O. S. 28; dagegen: Monroy a. a. O. S. 32, Stintzing in der krit. Ztschr. f. d. ges. Rechtswiss. IV. Bd. S. 232.

an. al. neg. ger. an dieser Stelle eine andere Bedeutung hat. Dagegen lässt sich die ebenfalls bereits besprochene D. 17, 1 l. 22. § 10 wohl für diesen Beweis verwerten. Der Schlusssatz derselben lautet:

„Quod si, cum soli creditores esse se existimarent, id mandaverint, in factum actio absentibus danda est in eos qui mandaverint.“

Andernfalls aber soll — das geht aus dem übrigen Inhalte dieses Fragments hervor — den abwesenden Gläubigern die actio neg. gest. zustehen. Der andere Fall kann aber nur der entgegengesetzte sein: dass nämlich die Konkursgläubiger sich nicht für die einzigen hielten, also wussten, dass sie mit der Erteilung des Auftrags zugleich fremde Geschäfte besorgten. Würde noch ein weiteres verlangt zur Zulassung der a. neg. gest., etwa die Absicht, im fremden Interesse zu handeln, so hätte sich Paulus nicht so ausdrücken dürfen.

Gestützt auf dieses Quellenzeugnis, kann uns die von den Gegnern der hier verteidigten Ansicht ins Feld geführte Stelle D. 3, 5, l. 5, § 5 (l. 6, § 3) in unserem Ergebnisse nicht schwankend machen[1]). Erklärt ja doch Ulpian in dieser Stelle ausdrücklich, dass der Gestor, obwohl er im eigenen Interesse handelt, nichts destoweniger mit der a. n. gest. in Anspruch genommen werden soll. Demgegenüber hat es nichts zu bedeuten, wenn Ulpian von Labeo berichtet, dieser sage, dass der Gestor in diesem Falle „suum potius quam meum negotium gessisse“. Diese Worte Labeos werden uns durchaus verständlich, wenn wir uns vergegenwärtigen, dass das Wort „negotium“ eine von einem bestimmten wirtschaftlichen Interesse irgend einer Person geleitete Tätigkeit bezeichnet[2]). Labeo wollte eben damit nur sagen, dass der Gestor in einem solchen Falle mehr im

[1]) Zimmermann a. a. O. S. 28. Regelsberger in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 15. S. 280.

[2]) Vgl. über die Bedeutung des Wortes „negotium“ in dieser Stelle: Ruhstrat im Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 34, S. 71.

eigenen als im fremden Interesse tätig sei, was auch aus der diesen Worten beigefügten Begründung hervorgeht:

„qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet.“

Bei dieser Auffassung wird uns auch der Gedankengang Ulpians, den er durch die Art und Weise, wie er seine Entscheidung mit den Worten „sed nihilo minus, immo magis“ an diese Bemerkung Labeos anknüpft, völlig klar. Wenn auch — so meint Ulpian — die Ansicht Labeos durchaus richtig ist, dass der Geschäftsführer in diesem Falle mehr in seinem eigenen Interesse, als in dem seines Geschäftsherrn handelt, so soll trotzdem die actio negotiorum gestorum gegen ihn zulässig sein[1]).

Bedeutung des animus aliena negotia gerendi für die negotiorum gestio:

§ 7. 2. Nach heutigem Rechte.

Für das heutige Recht steht es fest, dass das objektive Eingreifen in einen fremden Vermögensbereich zur Begründung der Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht genügt. Dieser Gedanke hat seinen deutlichen Ausdruck gefunden in der Bestimmung des § 687, Abs. I, dass die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag keine Anwendung finden, „wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, dass es sein eigenes sei“. Ausserdem weist auch die Fassung des § 677 (für einen Anderen) auf das Erfordernis des an. al. neg. ger. hin[2]).

[1]) Die hier verteidigte Auffassung von dem Wesen des animus al. neg. ger. ist auch vertreten bei Keller, 2. Bd. § 318, Köllner a. a. O. S. 27f. Isay a. a. O. S. 101. Seufferts Arch. Bd. 23, Nr. 142, Urteil des R.G. v. 19. Jan. 83. in den Anm. des R.G. von Blum und Braun, Bd. 7, S. 300.

[2]) Vgl. Mot. 2, S. 856.

Nicht so sicher lässt sich die Auffassung des B.G.B. über das Wesen des animus al. neg. ger. erkennen. Der erste Entwurf stellte sich entschieden auf den Standpunkt, dass zur Entstehung der neg. gestio die Absicht des Gestors, fremde Geschäfte als fremde zu besorgen, erforderlich sei; er schied nicht nur die gutgläubige, sondern auch die bösgläubige Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen aus der neg. gestio aus. (§ 761 des ersten Entw.) Die Kommission für die zweite Lesung jedoch hat bestimmt, dass bei bösgläubiger Führung eines Geschäfts der Dominus die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend machen könne[1]). Diese Bestimmung ist Gesetz geworden und im § 687 II enthalten.

In der Litteratur wird die Vorschrift des § 687 II allgemein als eine Abweichung von dem sonst vom B.G.B. vertretenen Standpunkte erklärt, nach welchem zur negotiorum gestio die Absicht, fremde Geschäfte als fremde zu besorgen, erforderlich sei[2]). Dass diese Vorschrift jedoch keine Ausnahme ist, geht daraus hervor, dass das B.G.B. in anderen, gleichgearteten Fällen ebenfalls die Vorschriften über die Geschäftsführung o. A. zur Anwendung bringt. Isay[3]) erwähnt als solche Fälle das Verhältnis des Vorerben zum Nacherben (§§ 2124, 2125, 2127, 2130, 2131), des Mieters zum Vermieter, des Entleihers zum Verleiher, des Niessbrauchers zum Eigentümer, des Erben zu den Erbschaftsgläubigern. (§§ 547, 601, 1049, 1978). Jedoch diese Fälle lassen noch einen Zweifel übrig: denn wenn der Gestor hier auch durch sein eigenes Interesse zur Führung des Geschäfts veranlasst wird, so wird er doch zumeist nicht die Absicht haben, dasselbe als eigenes zu führen. Weit mehr als die analoge Behandlung dieser Fälle scheint mir die Regelung der

---

[1]) Vgl. Prot. B. 2, S. 741 f.

[2]) Vgl. Dernburg, B.G.B. B. 2, Abtl. 2, § 299, Endemann III. u. IV. Aufl., Bd. 1, § 178, Anm. 9. Matthiass, Bd. 1, § 138, II. Oertmann, Vorb. z. 11. Tit. c.

[3]) Isay a. a O. S. 102.

Rechtsverhältnisse des unredlichen Besitzers dafür zu sprechen, dass das B.G.B. im § 687 II nur zu dem von ihm auch sonst befolgten Grundsatze zurückgekehrt ist.

Die Motive[1]) zum I. Entwurfe, der, wie wir sahen, den Standpunkt vertrat, dass zur neg. gestio die Absicht, fremde Geschäfte als fremde zu besorgen, erforderlich sei, lehnten es diesem ihrem Standpunkte gemäss ab, den unredlichen Besitzer als Geschäftsführer zu behandeln. Im § 936 des 1. Entw. ist kein Unterschied gemacht in der Behandlung des redlichen und des unredlichen Besitzers. Das B.G.B. dagegen schreibt in den §§ 990, 994, Abs. II vor, dass sich „die Ersatzpflicht des Eigentümers für vom unredlichen Besitzer gemachte Verwendungen nach den Vorschriften über die Geschäftsführung o. A. bestimmt." Ueberblicken wir die Entwicklungsgeschichte des § 687 II einerseits und des § 994 II andererseits, so scheint die Annahme berechtigt, dass das B.G.B. die im I. Entw. vertretene Auffassung über das Wesen des a. al. neg. ger. aufgegeben hat[2]). Demnach ist nach römischem wie nach heutigem Rechte zur neg. gestio nur das Bewusstsein des Gestors, dass er fremde Geschäfte besorge, erforderlich.

---

§ 8. Ergebnis für das römische und heutige Recht.

Die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnisse der Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen zur negotiorum gestio muss eine einheitliche sein für das römische und heutige Recht, da auch die Vorfrage nach der Bedeutung des an. al. neg. ger. für beide Rechte gleich beantwortet worden ist. Es ergibt sich sogleich, dass für diese Frage die bösgläubige und gutgläubige Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen streng von einander zu scheiden

---

[1]) Mot. III, S. 404, 395.

[2]) Treitel im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 14, S. 26, 31.

sind. Bei der bösgläubigen Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen sind alle Voraussetzungen der neg. gestio erfüllt, weshalb sie (abgesehen von einigen infolge der mala fides des Gestors notwendigen Abweichungen) sowohl nach römischem wie nach heutigem Rechte den Grundsätzen derselben unterworfen ist. Dagegen entspricht die gutgläubige Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen infolge des Mangels des an. al. neg. ger. weder nach römischem noch nach heutigem Rechte den Anforderungen der neg. gestio, weshalb sie nach beiden Rechten nicht nach den für diese geltenden Vorschriften beurteilt wird.

Demnach ist die Zusammenfassung aller Fälle der Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen unter der Bezeichnung „unechte negotiorum gestio", wie sie sowohl in der Litteratur des gemeinen wie des heutigen Rechts gebräuchlich ist, und somit überhaupt die Unterscheidung einer echten und unechten neg. gestio in dem bezeichneten Sinne abzulehnen[1]). Soll aber die einmal in die Litteratur eingeführte Unterscheidung einer echten und unechten neg. gestio beibehalten werden, so würden wir die bösgläubige Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen wegen der auf der mala fides des Gestors beruhenden Abweichung als unechte neg. gestio der regelmässigen Art der Geschäftsführung ohne Auftrag als der echten neg. gestio gegenüberstellen[2]).

---

[1]) Vgl. z. B. Zimmermann a. a. O., Dernburg B.G.B. § 299, II. Endemann, I § 178, Anm. 6. Matthiass I, § 138.

[2]) Vgl. Enneccerus, 1, § 301.

III. Abschnitt.

Verhältnis zwischen Dominus Gestor.

I. Bei bösgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen:

§ 9. 1. Nach römischem Rechte.

Führt jemand ein fremdes Geschäft als ein eigenes, obwohl er weiss, dass er dazu nicht berechtigt ist, so wird damit fast immer der Tatbestand eines Delikts erfüllt sein, sodass der Dominus die Deliktsklage (actio furti, a. doli u. a.) gegen den Gestor anstrengen kann. Ausserdem stellt sich aber eine solche Tätigkeit als neg. gestio dar, sodass der Dominus unter Ratihabition der Geschäftsführung auch die a. neg. gest. directa gegen den Gestor geltend machen kann[1]). Schliesslich können auch Ansprüche auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung in Frage kommen. Es wird für den Dominus in manchen Fällen vorteilhaft sein, die Ansprüche aus der neg. gestio zu erheben, da er auf Grund dieser die Herausgabe alles dessen verlangen kann, was der Gestor infolge der Geschäftsführung erlangt hat.

Unbillig wäre es jedoch, dem Gestor, der doch mala fide gehandelt hat, die a. contraria in vollem Umfange, also den Anspruch auf Ersatz aller Aufwendungen zuzusprechen. Es wird ihm deshalb in D. 3, 5, L. 5, § 5 (L. 6, § 3) ein solcher Anspruch nur insoweit gegeben, als der Dominus durch die Geschäftsführung bereichert ist.

Mit diesem aus D. 3, 5, l. 5 § 5 (l. 6, § 3) entnommenen Grundsatze steht jedoch in Widerspruch, dass in C. 3, 32, l. 5 dem unredlichen Besitzer ein Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen schlechthin, also nicht auf die Bereicherung beschränkt, gewährt wird; dass ausserdem dieser Anspruch nicht mit einer Klage, sondern nur mit einer exceptio doli geltend gemacht werden kann. Zwar

---

[1]) Auf die sehr bestrittene Lehre von der Ratihabition kann hier nicht eingegangen werden.

ist in C. 3, 32, l. 5 ganz allgemein von „repetitio“ gesprochen. Jedoch ist darunter nicht eine Klage, sondern nur ein Anspruch überhaupt zu verstehen; und es wird auf Grund der analogen Behandlung des redlichen Besitzers fast allgemein angenommen, dass dieser Anspruch nur mit der exceptio doli geltend gemacht werden kann[1]).

Aus diesen Bestimmungen dürfen jedoch keine Schlüsse für die Beurteilung der bösgläubigen Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen gezogen werden, da sie aus Gründen der Zweckmässigkeit zu erklärende Abweichungen enthalten. Dass dem Besitzer einer Sache, — gleichgültig, ob er im guten oder bösen Glauben ist, — ein Anspruch auf Ersatz der notwendigen Verwendungen schlechthin gegeben wird, ist, wie Petrazycki[2]) nachgewiesen hat, auf wirtschaftliche Gründe zurückzuführen. Und die Bestimmung, dass dieser Anspruch nur mit der exceptio doli geltend gemacht werden kann, beruht nach Kohler[3]) auf dem Gedanken, dass der Eigentümer die Wahl haben soll, die Aufwendungen zu ersetzen oder seine Sache preiszugeben[4]). Abgesehen von diesen Abweichungen aber sind die Rechtsverhältnisse des unredlichen Besitzers einer Sache und noch mehr die des unredlichen Erbschaftsbesitzers nach den Grundsätzen der neg. gestio geregelt[5]).

---

[1]) Zimmermann a. a. O. S. 32, Anm. 48. Witte a. a. O. S. 23, Anm. 2. Chambon a. a. O. S. 142. Brinkmann: Über das Verhältnis der a. comm. div. z. a. neg. gest. (1855) S. 29, Anm. 1; anders nur Monroy a. a. O. S. 177.

[2]) Petrazycki, die Lehre vom Einkommen, Bd. 1, S. 304.

[3]) Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 17, S. 377f.

[4]) Zimmermann a. a. O. S. 94 und Brinkmann a. a. O. S. 29, Anm. 1 sind übrigens der Ansicht, dass dem unredlichen Besitzer in späterer Zeit eine Klage zur Geltendmachung der Impensenansprüche zustand.

[5]) Vgl. Monroy a. a. O. S. 92. Wetzell: Der röm. Vindikationsprozess (1845) 145. Ruhstrat im Arch. f. civ. Prax. Bd. 67, S. 366f.

Verhältnis zwischen Dominus und Gestor bei bösgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen:

§ 10. 2. Nach heutigem Rechte.

Auch das B.G.B. gewährt im § 687 II dem Dominus das Recht, die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend zu machen. Es steht ihm natürlich frei, wenn die Voraussetzungen der §§ 823 f. erfüllt sind, die Ansprüche aus der unerlaubten Handlung oder schliesslich auch die auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 f. zu erheben. Letztere werden etwa nicht nur subsidiär gegeben, sondern können auch mit anderen Ansprüchen konkurrieren[1]). Nicht stehen dem Dominus die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag dann zu, wenn der Gestor infolge grober Fahrlässigkeit nicht wusste, dass er fremde Geschäfte besorge; wenn das Gesetz dies gewollt hätte, dann hätte es, wie im § 932 II das Wissenmüssen dem Wissen gleichgestellt[2]).

Es wird auch nach heutigem Rechte in manchen Beziehungen für den Dominus von Vorteil sein, die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag geltend zu machen. Einmal ist die Begründung der Klage eine einfache; sodann kann der Dominus mit derselben den durch das Geschäft erzielten Gewinn verlangen (§§ 681, 667); und schliesslich unterliegen die Ansprüche aus der Geschäftsführung nicht der kurzen Verjährung, wie die aus der unerlaubten Handlung[3]). Während dem Dominus die Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag unbeschränkt zustehen, sind die Ersatzansprüche des Gestors wie nach römischem Rechte auf die Bereicherung des Dominus beschränkt. (§§ 687 II, 684

---

[1]) Cosack I, § 168, Anm. 13. Planck, II, Vorbem. z. 24. Tit. V; dagegen Endemann, I, § 198, Anm. 4.

[2]) Planck, § 687, II. Dernburg, B.G.B. II, § 303 III; dagegen Isay a. a. O. S. 104, Anm.

[3]) Prot. 2, S. 743.

S. 1)[1]). Auch können die Erleichterungen dieser Haftung, die dem Gestor unter Umständen gewährt werden (§§ 679, 680), der Natur der Sache nach hier nicht Platz greifen. Vielmehr wird den Gestor hier regelmässig die erschwerte Haftung des § 678 treffen, welche dann eintritt, „wenn die Uebernahme der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmasslichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht und der Geschäftsführer dies erkennen musste". Die Erschwerung besteht darin, dass der Gestor ohne Rücksicht auf sein Verschulden zum Ersatze des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens verpflichtet ist.

Ebenso tritt, wenn der Dominus die Ansprüche auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung geltend macht, von Anfang an die erschwerte Haftung des § 819 für den Gestor ein, da er bösgläubig ist, somit den Mangel des rechtlichen Grundes der empfangenen Leistung kennt. Es finden dann nach §§ 819 I, 818 III die allgemeinen Vorschriften über die Haftung des Schuldners nach Eintritt der Rechtsanhängigkeit Anwendung. In erster Linie kommen da auf Grund der Verweisung des § 292 diejenigen Vorschriften in Betracht, „welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtsanhängigkeit des Eigentumsanspruchs gelten". Da nun dieses Verhältnis im allgemeinen nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag geregelt ist, kommen wir zu dem Ergebnis, dass auch bei Geltendmachung der Bereicherungsansprüche der Gestor nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag haftet. Dieses Ergebnis scheint mir wiederum dafür zu sprechen, dass das B.G.B. für die Entstehung der neg. gestio nur das Bewusstsein des Gestors, dass er fremde Geschäfte besorge, für erforderlich hält.

---

[1]) Vgl. Dernburg B.G.B. II, § 304, Anm. 4.

II. Verhältnis zwischen Dominus und Gestor bei gutgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen:

§ 11. 1. nach römischem Rechte.

Da in diesem Falle eine actio neg. gest. dem Dominus, wie bereits nachgewiesen[1]), nur insoweit gegeben wird, als der Gestor durch die Geschäftsführung bereichert ist, so ist die Befugnis des Dominus, sich das vom Gestor geführte Geschäft durch Anstellung a. neg. gest. dir. anzueignen, ausgeschlossen[2]). Aus D. 3, 5 l. 48 (49), wo ein Fall der gutgläubigen Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen behandelt wird, wollen wir nun abzuleiten versuchen, welche Ansprüche hier zwischen Dominus und Gestor entstehen. Im Vordersatz wird dem Dominus eine a. neg. gest. dir. gegeben (jedoch nur bis zum Belaufe der Bereicherung des Gestors)[3]), woran dann African die Bemerkung knüpft, dass in jedem Falle der gutgläubigen Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen dem Dominus eine solche Klage zustehe:

„Sicut (so heisst es weiter) ex contrario in me tibi daretur, si cum hereditatem, quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer."

Schwierigkeiten macht hier zunächst die Erklärung der letzten Worte, dass der wirkliche Erbe, was doch der Regel widerspricht[4]), durch die Leistung des vermeintlichen Erben befreit werde. Nachdem auf die verschiedenste Weise ohne wirklich befriedigenden Erfolg versucht worden ist, diese Worte zu erklären, sind in neuster

---

[1]) Vgl. oben S. 19/20.

[2]) Zimmermann, a. a. O. S. 55f. Ihering a. a. O. S. 82f.; dagegen Monroy a. a. O. S. 98. Seuffert a. a. O. S. 22.

[3]) Vgl. oben 19/20.

[4]) Vgl. D. 5, 3 l. 31 pr. D. 46, 3 l. 17.

Zeit Ruhstrat[1]) und Oertmann auf Grund der Lesart der Florentina (quandoque = wenn; die jüngeren Bologneser Handschriften haben: quandoquidem = da ja) zu einer bereits von den Humanisten gegebenen Erklärung zurückgekehrt. Danach müsse man unterscheiden, ob der Erbe „suo nomine" oder „heredis nomine" zahle. Im letzteren Falle würde der Erbe ipso iure befreit; und auf einen solchen Fall weise der mit quandoque beginnende Satz hin.

So bestechend diese Erklärung, besonders nach den Ausführungen Ruhstrats, erscheint, muss man sie doch ablehnen, wenn man die Stelle im ganzen überblickt. Es kann nicht angenommen werden, dass African zwei völlig entgegengesetzte Tatbestände als gleichartig (sic ut) neben einander gestellt habe. Ruhstrat und Oertmann gehen bei ihrer Erklärung davon aus, (und auch nur so lässt sich ihre Erklärung halten) dass der putative Erbe, wenn er eine Erbschaftsschuld „heredis nomine" bezahle, dadurch seine Absicht zum Ausdruck bringe, die Schuld auch für den Fall tilgen zu wollen, dass ein anderer als er Erbe sei. Dann führt aber der putative Erbe die Erbschaftsgeschäfte nicht als eigene; sondern er tritt als Geschäftsführer für den Erben auf, wer immer dieser auch sein mag, führt also, da er nicht Erbe ist, fremde Geschäfte als fremde. Dass er zu der Geschäftsführung durch die Ueberzeugung veranlasst wird, dass er Erbe sei, also eigene Geschäfte besorge, ist dabei völlig ohne Belang[2]). Da nun im Vordersatz von der Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen ge-

---

[1]) Ruhstrat im Arch. f. civ. Prax. Bd. 67, S. 422f. Oertmann i. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 82, S. 471.

[2]) Vangerow (II § 508, IV, 1) und Chambon (a. a. O. S. 152 f) wenden gegen diese Erklärung ein, es sei nicht denkbar, dass derjenige, der sich für den Erben halte, anders als „suo nomine" leiste. Hiergegen führen Ruhstrat (a. a. O. S. 420 ff), und Oertmann (a. a. O. S. 470) m. E. mit Recht aus, dass es vielfach nicht nur dem putativen Erben zweckmässig erscheinen, sondern von den Erbschaftsgläubigern, um eine spätere condictio indebiti zu vermeiden, sogar ausdrücklich verlangt werden wird, dass der putative Erbe „heredis nomine" leiste.

handelt wird, kann im Nachsatze nicht von der Führung eines fremden Geschäfts als eines fremden die Rede sein.

Es hat deshalb viel mehr Wahrscheinlichkeit für sich, wenn man mit Zimmermann die Stelle so auslegt, dass eine actio neg. gest. contr. (allerdings nur insoweit, als der Dominus bereichert worden ist), dann gegeben werden soll, wenn der Erbe befreit, also bereichert ist[1]), — wobei dann vielleicht an den im Vordersatze erwähnten Fall gedacht werden kann, dass die geleisteten Sachen untergegangen sind[2]). Bei dieser Erklärung ist aus D. 3, 5 L. 48 (49) abzuleiten, dass Dominus und Gestor einander so weit haften, als sie durch die Geschäftsführung bereichert worden sind, was für die Haftung des Gestors in D. 12, 1 L. 23, für die des Dominus in D. 5,3 L. 50 § 1 seine Bestätigung findet[3]).

---

[1]) Vgl. auch Sintenis, II § 114, Anm. 24.

[2]) Man kann hier vielleicht auch mit Schröder (a. a. O. S. 22) und Kohler (Iherings Jahrb. Bd. 25, S. 103) daran denken, dass in den Fällen, in denen Litiscrescenz stattfindet, eine condictio indebiti ausgeschlossen und deshalb der Schuldner befreit ist, wenn ein Anderer indebite geleistet hat (vgl. Inst. 3, 27, § 7, C. 4, 5, L. 4). Zu diesen Fällen gehört das Damnationslegat. Streitig ist jedoch, ob die Litiscrescenz bezüglich des Damnationslegats nur bei certa pecunia oder auch bei certa res eintrat (vgl. die entgegengesetzten Ansichten bei Huschke in der Ztschr. f. gesch. Rechtswiss. Bd. 13 S. 256 ff. u. Rudorff daselbst, Bd. 14, S. 368 ff.)

[3]) Kämmerer (a. a. O. S. 343 ff) u. Vangerow (III, § 664 II, 1a) wollen die Befreiung des Erben in dieser Stelle durch den Gegenstand des Vermächtnisses (res tuas proprias legates) erklären. Da bestimmte Sachen Gegenstand des Vermächtnisses sind, wird der wirkliche Erbe dadurch, dass diese dem Legatar vom putativen Erben geleistet worden sind, befreit, da es unmöglich ist, dieselben Sachen zweimal zu leisten. Kämmerer (a. a. O. S. 347) führt jedoch weiter aus: „Allerdings hätte auch hier die Entscheidung gegeben werden können — und das wäre nach unserer Ansicht die einzig richtige Entscheidung —: eine Befreiung des wahren Erben von seiner Verbindlichkeit, das Legat zu prästieren, finde nicht statt, und dem vermeinten Erben bleibe also die condictio indebiti gegen den Legatar", womit er die Unhaltbarkeit seiner vorher ausgesprochenen Ansicht selbst dartut. Von einer Unmöglichkeit der Leistung kann hier, da ja dem putativen Erben die condictio indebiti gegen den

Dem gegenüber ist behauptet worden, dass dem Gestor grundsätzlich keine Klage, sondern nur eine exceptio doli zur Geltendmachung seiner Ansprüche zusteht. Gestützt wird diese Behauptung auf zahlreiche Stellen, in denen allerdings dem redlichen Besitzer eine Klage zur Geltendmachung seiner Ersatzansprüche wegen Verwendungen ausdrücklich abgesprochen, und dieser auf die exceptio doli verwiesen wird[1]). Es entstehen somit die Fragen: Liegen irgendwelche Gründe vor, welche eine von der Regel abweichende Behandlung derjenigen Fälle, in denen dem Gestor dennoch eine Klage gewährt wird, (D. 3,5 L. 48 (49) D. 5,3 L. 50 § 1) rechtfertigen könnten? - Oder ist die in den bezeichneten Stellen gegebene Entscheidung in der Weise zu verallgemeinern, dass man in allen Fällen der gutgläubigen Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen eine actio neg. gest. contr. (allerdings nur bis zum Belaufe der Bereicherung) zulässt?[2]).

Legatar zusteht, nicht die Rede sein. Der wahre Erbe kann und muss sich die Sachen von dem putativen Erben, nachdem dieser sie mit der condictio indebiti zurückverlangt hat, verschaffen und sie dem Legatar leisten. (Vgl. Ruhstrat im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 34, S. 79, Anm. 120).

Ebensowenig wie diese Erklärung Kämmerers befriedigt die Erklärung Wittes (a. a. O. S. 27—29), der den gegebenen Tatbestand dahin ergänzt, dass der putative Erbe seine condictio indebiti dem wahren Erben cediert haben solle, wodurch dieser wenigstens per exceptionem befreit werde. Demgegenüber macht Oertmann (im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 82 S. 471 Anm. 143) mit Recht darauf aufmerksam, „dass in diesem Falle doch von einer eigentlichen liberatio des Erben nicht die Rede sein könne."

[1]) Vgl. D. 6, 1 L. 48 D. 10, 3, L. 14 § 1, D. 12, 6 L. 33, D. 44, 4 L. 14 u. a.

[2]) Es sei hier bemerkt, dass die Stellen D. 11,7 L. 14, § 11 L. 32 pr. bei Behandlung der hier aufgeworfenen Frage mit Unrecht in der Litteratur herangezogen werden. In diesen Stellen wird nicht vor der actio neg. gest., sondern von der actio funeraria gehandelt. Die actio funeraria war eine Honorarklage, für welche die actio neg. gest. in manchen Punkten vorbildlich war, die aber ihre selbständige Grundlage im Edikt hatte. Es können deshalb aus diesen Stellen irgend welche Schlüsse auf die actio neg. gest. nicht gezogen werden (vgl. Puchta, Pand. § 329. Arndts § 299).

Die Ansicht, dass in den in Frage kommenden Stellen eine Ausnahme enthalten sei, sodass eine Ausdehnung auf andere Fälle nicht zulässig sei, wird vor allem von Kämmerer (a. a. O. S. 341 ff) vertreten. Nach seiner Meinung beruht die Entscheidung in D. 3,5 L. 48 (49) lediglich auf dem Gedanken der Zweckmässigkeit, dass in einem solchem Falle, wie er hier behandelt wird, dadurch, dass unter Ausschluss einer condictio indebiti die Befreiung des wahren Erben angenommen und dem putativen Erben eine actio neg. gest. gegen den wahren Erben gegeben werde, dasselbe wirtschaftliche Resultat erreicht werde, wie wenn dem putativen Erben eine condictio indebiti gegen den Legatar gegeben würde, wobei denn für den wahren Erben die Verpflichtung weiter bestünde, sich die Sachen zu verschaffen und sie dem Legatar zu leisten. Nur zur Vermeidung dieses lästigen Umweges sei hier, ohne dass eine Verallgemeinerung statthaft wäre, die actio neg. gest. contr. zugelassen. Diese Ausführungen fallen aber in sich zusammen, da in ihnen die rechtliche Begründung dafür fehlt, weshalb die cond. indebiti des putativen Erben ausgeschlossen und der wahre Erbe befreit sein soll. Ist aber auf der andern Seite für die Befreiung des Erben ein rechtlicher Grund gefunden, — und dafür lassen sich, wie gezeigt worden ist, hinreichend Gründe finden — so liegt kein Anlass vor, anzunehmen, dass dieser Fall von den römischen Juristen anders behandelt worden wäre, als alle anderen Fälle der gutgläubigen Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen.

Von anderer Seite hat man aus der Zulassung der Klage in den bezeichneten Fällen entnommen, dass dem gutgläubigen Erbschaftsbesitzer auch beim Fehlen des a. al. neg. ger. eine a. neg. gest. contr. gewährt werde, wenn er ein dem wirklichen Erben notwendiges Geschäft besorgt habe. Dieser Schluss ist jedoch, abgesehen von andern Gründen, schon deshalb nicht haltbar, weil in D. 3,5, l. 48 (49) nur vom vermeintlichen Erben gesprochen wird, der nicht in jedem Falle zugleich Erbschaftsbesitzer zu sein braucht[1]). Wenn

[1]) Witte a. a. O., S. 23 f. — Isay a. a. O., S. 94, anders Kämmerer a. a. O., S. 168 f. — Zimmermann a. a. O., S. 68.

schliesslich Vangerow (Bd. III, § 664, II, 1a) und Chambon (a. a. O. § 18) auf Grund dieser Fragmente eine Klage dem Gestor ausnahmsweise dann gewähren wollen, wenn der Dominus durch die Geschäftsführung von einer Verbindlichkeit befreit werde, so wäre der Grund der Beschränkung des Klagerechts auf diese speziellen Fälle durchaus nicht einzusehen. Weshalb soll der Gestor, so wird man fragen, den Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nur dann mit einer Klage geltend machen können, wenn die Bereicherung in der Befreiung von einer Verbindlichkeit besteht?[1]).

Da also Umstände, die eine abweichende Behandlung des Gestors in den genannten Fällen erklärlich machen könnten, nicht vorhanden sind, so muss man annehmen, dass in diesen Stellen die Regel enthalten ist, dem Gestor also unter den obigen Voraussetzungen regelmässig eine a. neg. gest. contr. bis zum Belaufe der Bereicherung des Dominus zusteht[2]). Dass dem redlichen Besitzer nur eine exceptio doli gegeben wird, kann uns nicht irre machen, da diese Abweichung ja, wie wir gesehen haben, auf guten Gründen beruht.

Verhältnis zwischen Dominus und Gestor bei gutgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen:

§ 12. 2. nach heutigem Rechte.

Das B.G.B. bestimmt in § 687 I für diesen Fall, dass die Vorschriften über die Geschäftsführung O.A. keine Anwendung finden. Es können also hier nur die Ansprüche aus der unerlaubten Handlung, falls das Nichtwissen des

---

[1]) Vgl. Rustrat im Arch. f. d. civ. Prax., Bd. 34, S. 72, Anm. 109.

[2]) Zimmermann a. a. O., S. 65 f. — Ruhstrat im Arch. für civ. Prax., Bd. 34, S. 72. — Stintzing in der Heidelb. krit. Ztschr., Bd. 4, S. 233 f; — Sell, Versuche im Geb. d. Civ. R. 1 Tl. I Abhdl. S. 133. — Brinkmann, a. a. O., S. 18, — Leist, a. a. O., S. 135.

Gestors auf Fahrlässigkeit beruht, und auch sonst die Voraussetzungen der §§ 823 f. erfüllt sind, oder die Ansprüche auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung nach §§ 812 f. in Frage kommen. Macht der Dominus die Ansprüche aus §§ 823 geltend, so muss er natürlich bei Berechnung des Schadens in Abzug bringen, worum er durch die Geschäftsführung bereichert ist.

Auf dem Gebiete der ungerechtfertigten Bereicherung ist für das moderne Recht infolge des Schutzes des guten Glaubens die Regelung gewisser Fälle notwendig geworden, die im römischen Rechte infolge des in den Worten „nemo plus iuris transferre potest quam ipse haberet“ enthaltenen Grundsatzes gar nicht eintreten konnten. Die durch diese Wandlung in den Anschauungen entstandene Lücke auszufüllen, ist die Vorschrift des § 816 I bestimmt, nach welcher ein „Nichtberechtigter, der über einen Gegenstand eine Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, diesem zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet ist.“ Ferner hat sich im modernen Rechte die Zahl der Fälle, in denen eine an einen Nichtberechtigten bewirkte Leistung dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, einmal infolge der verwickelteren wirtschaftlichen Verhältnisse und dann auch infolge der Verkörperung der Forderungen in Wertpapieren erheblich vermehrt, sodass auch eine Regelung dieser Fälle erforderlich geworden ist. Sie ist erfolgt durch die Vorschrift des § 816 II, nach welcher in einem solchen Falle der Nichtberechtigte zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet ist. Die Vorschriften des § 816 finden bei gutem wie bei bösem Glauben des Gestors Anwendung; werden jedoch bei bösem Glauben zumeist hinter den Vorschriften über die unerlaubte Handlung zurücktreten.

Dass auch dem Gestor Ansprüche aus der ungerechtfertigten Bereicherung gegen den Dominus zustehen können, braucht nur erwähnt zu werden.

IV. Abschnitt.

Verhältnis von Dominus und Gestor zu Dritten:

§ 13, 1 nach römischem Rechte.

Da der Gestor im eigenen Namen handelt, so wird aus den von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäften nur er berechtigt und verpflichtet; daran kann auch die Genehmigung der Gesshäftsführung durch den Dominus nichts ändern. Es fragt sich jedoch, ob der Dritte, mit dem der Gestor ein Rechtsgeschäft abschliesst, einen selbständigen Anspruch gegen den Dominus erlangt, wenn dieser durch das vom Gestor mit ihm abgeschlossene Geschäft bereichert wird. Da dem Dominus das Recht, sich dieses Geschäft durch Ratihabition anzueignen, nur bei bösgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen zusteht, so kann, wenn überhaupt, nur bei dieser ein derartiger Anspruch des Dritten in Frage kommen.

Ein solcher Anspruch, der mit der a. de in rem verso geltend gemacht wurde, stand dem Dritten zu, der mit einer gewaltunterworfenen Person ein Geschäft abgeschlossen hat, durch das der Dominus bereichert worden ist. Ob und dann in welchem Umfange die Klage auf Fälle ausgedehnt wurde, wo der Dritte mit einem Gewaltfreien kontrahiert hat, ist jedoch streitig. Aufschluss erhalten wir darüber aus C. 4, 26, l. 7, § 3 (1), wo es heisst: „alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.“ Abzuweisen ist nach dieser Stelle (rem eius agente) ohne weiteres die in der älteren Litteratur und Praxis des gemeinen Rechts verbreitete Ansicht, dass eine actio de in rem vero utilis in allen Fällen gegeben wurde, in denen überhaupt jemand durch ein von einem Anderen mit einem Dritten abgeschlossenes

Geschäft bereichert worden ist[1]). Ebensowenig lässt sich aber die entgegengesetzte Ansicht halten, dass die a. de in rem verso auf ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet beschränkt geblieben ist: die Versuche, die in C. 3, 24, l. 7, § 3 (1) gewährte Klage anders als durch Ausdehnung des Anwendungsgebietes der a. de in rem verso zu erklären, sind sämtlich als nicht gelungen anzusehen[2]). Der Inhalt der Stelle ist vielmehr, dass derjenige, der mit einem neg. Gestor ein Rechtsgeschäft abschliesst, gegen den Dominus eine Klage hat, wenn dieser das Geschäft genehmigt hat oder durch das Geschäft bereichert worden ist. Das Bedenkliche dabei aber ist nun, dass der Inhalt dieser mit einer anderen von denselben Kaisern herrührenden Konstitution (C. 2,24 (25) l. 4) durchaus in Widerspruch steht[3]). Dieser Widerspruch ist nur so zu lösen, dass man in dem mit nisi beginnenden Satze eine Interpolation der Compilatoren sieht; und dass nicht unbedeutende Anzeichen für eine solche sprechen, hat Lenel (i. Arch. f. civ. Praxis, Bd. 78, S. 354 f.) überzeugend nachgewiesen. Wir können jedoch nicht annehmen, dass eine so wesentliche Interpolation unbewusst geschehen sei. Vielmehr glauben wir, dass die besprochene Konstitution in der Fassung, wie sie uns überliefert ist, dem Justinianischen Recht entsprach und deshalb absichtlich so in den Codex aufgenommen worden ist[4]).

---

[1]) Vgl. Kämmerer, a. a. O., S. 354. — Ude i. Arch. f. civ Prax., Bd. 50, S. 389 f. — Puchta, Vorlesg. über das heut röm. Recht, 2. Bd. § 279.

[2]) Savigny, Obl.-R. 2. Bd., S. 32, Anm. aa. — Mandry, Das gem. Fam.-Güterr. 2. Bd., S. 335, 462 f. — Zimmermann, Die Lehre v. d. stellvertr. n. gestio (1876), S. 322, Anm. 435. — Arndts § 248, Anm. 3. — Schlossmann i. Iherings Jahrb. Bd. 28, S. 331 f. — Anders Schlossmann i. Iherings Jahrb. Bd. 36, S. 315 f. — Tuhr a. a. O., S. 298—304. — Ruhstrat i. Magazin für das deutsche R. d. G. Bd. 3, S. 22 f. Bd. 4, S. 197, 218 f.

[3]) Vgl. jedoch Ruhstrat im Mag. Bd. 4, S. 210. — Tuhr a. a. O., S. 306.

[4]) Vgl. Schlossmann in Iherings Jahrb., Bd. 36, S. 333 f.; — anders Lenel a. a. O., S. 362. — Windscheid § 483 Anm. 5a a. E.

Darnach wären für unsere Auffassung von der negotiorum gestio bei bösgläubiger Führung eines fremden Geschäfts als eigenen, da nur hier der Dominus mit der a. neg. gest. dir. das vom Gestor abgeschlossene Rechtsgeschäft als das seine in Anspruch nehmen kann, die Voraussetzungen der a. de in rem verso utilis gegeben. Von Windscheid und Ihering (Windscheid, § 483, Anm. 5, Ihering in Iherings Jahrb. Bd. 1, S. 339 f.) wird jedoch als weitere Voraussetzung verlangt, dass der Gestor das Geschäft mit Hinweisung auf den Dominus abschliesse[1]). Aus den Quellen lässt sich, wie Windscheid selbst zugeben muss, dieses Erfordernis nicht erweisen. Wenn Windscheid sich nun auf die Analogie der a. institoria beruft, so ist ihm — abgesehen davon, dass diese Frage auch hinsichtlich der a. institoria sehr streitig ist,[2]) — da entgegen zu halten, dass diese auf ganz anderer Grundlage beruht, als die a. de in rem verso. Während erstere nämlich auf der Ermächtigung beruht, hat letztere ihre Grundlage in der Bereicherung[3]). Es liegt deshalb kein Grund vor, die Zulassung der a. de in rem verso davon abhängig zu machen, dass der Gestor bei Abschluss des Geschäftes als neg. Gestor hervorgetreten ist[4]). Wenn schliesslich von Dernburg als Voraussetzung der a. de in rem verso utilis aufgestellt wird, dass der Gestor das Geschäft im Interesse des Dominus abschliesse, so ist dies die Folge seiner Auffassung von der neg. gestio, dass diese nur bei Besorgung fremder Geschäfte im fremden Interesse entstehe. Da wir dieses Erfordernis für die neg. gestio nicht aufstellen, fällt es auch für die a. de in rem verso utilis weg. Wir sprechen deshalb bei bösgläubiger Führung

---

[1]) Vgl. auch Seufferts Arch. Bd. 42, Nr. 13. Bd. 49, Nr. 81 R.G. Bd. 43, S. 161.

[2]) Vgl. Jörs, Das römische Recht in Birmeyers Encyklopädie der Rechtswissenschaft, S. 152, Anm. 1.

[3]) Vgl. Zimmermann, Die Lehre von d. stellvtr. neg. gestio, S. 113. — Isay, a. a. O., S. 318, 319.

[4]) Tuhr, a. a. O., S. 315, 224. — Dernburg, Pand. II, § 14, Anm. 17. — Seuff, Arch. Bd. 29, Nr. 29.

eines fremden Geschäfts als eines eigenen dem dritten Kontrahenten aus dem mit dem Gestor abgeschlossenen Geschäfte eine actio de in rem verso utilis bis zum Belaufe der Bereichernng gegen den Dominus zu, wenn dieser die Geschäftsführung genehmigt hat.

Verhältnis von Dominus und Gestor zum Dritten:

§ 14, 2 nach heutigem Rechte.

Nach dem B.G.B. entsteht für den Dritten aus dem zwischen ihm und dem Gestor abgeschlossenen Geschäfte kein Anspruch gegen den Dominus; er kann einen solchen Anspruch — abgesehen von dem Falle rechtsgeschäftlicher Abtretung — nur in der Weise erlangen, dass die dem Gestor gegen den Dominus zustehende Forderung gepfändet und ihm überwiesen wird.

Dagegen hat das B.G.B. den Grundsatz der rein persönlichen Wirkung der Bereicherung durchbrochen; in einzelnen Fällen ist dem Bereicherungsanspruche dingliche Kraft beigelegt, sodass er auch Dritten gegenüber wirksam sein kann, in deren Vermögen die Bereicherung später übergegangen ist. Der Dritte ist jedoch nur dann zur Herausgabe verpflichtet, wenn ihm das Erlangte unentgeltlich zugewendet worden ist, und nur insoweit, als infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist. Auf Grund dieser Vorschrift des § 822 kann sowohl für den Dominus wie für den Gestor aus der Führung eines fremden Geschäfts als eines eigenen ein Anspruch gegen einen Dritten entstehen. Der Dominus kann einen gegen einen Dritten gerichteten Anspruch auch nach § 816 erlangen, wenn die Geschäftsführung des Gestors in der unberechtigten Verfügung über einen Gegenstand des Dominus besteht, und der Gestor das aus der Verfügung Erlangte einem Dritten unentgeltlich zugewendet hat.

H. Fleischmann, Breslau, Ohlauerstr. 8.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 2. November 1880 zu Ostrowo als Sohn des Kaufmanns Julius Sternberg und seiner Ehefrau Rosalie, geb. Salinger. Ostern 1899 bestand ich am Königl. Gymnasium in Ostrowo die Reifeprüfung und widmete mich darauf dem Studium der Rechte an den Universitäten Freiburg i. Br., München, Berlin und Breslau. Ich besuchte dabei Uebungen und Vorlesungen folgender Professoren und Dozenten:

v. Amira, v. Bechmann, Birkmeyer, Burchard, Brentano, Brie, Brunner, Dahn, Otto Fischer, Gretener, Grueber, Hübler, Jacobi, Jörs, Kohler, Leonhard, v. Liszt, Lotz, Mendel, Rosin, Rümelin, Schollmeyer, Schücking, v. Sicherer†, Sombart, Adolf Wagner.

Diesen Lehrern bin ich zu wärmsten Danke verpflichtet.

Am 19. Juni 1902 bestand ich die erste juristische Prüfung und am 25. Juli 1902 wurde ich als Referendar vereidigt. Sodann war ich 9 Monate am Amtsgericht Katscher tätig und bin jetzt am Landgericht Ratibor beschäftigt.

Thesen.

I. Von zwei rechtskräftigen, nicht gleichlautenden Urteilen in einer Strafsache ist das der höheren Instanz zu vollstrecken.

II. Der Lebensversicherungsvertrag, der zu Gunsten eines Dritten auf den Todesfall des Versicherungsnehmers abgeschlossen ist, kann von dem in dem Konkurse über den Nachlass des Versicherungsnehmers bestellten Verwalter nicht auf Grund der §§ 30—32 K. O. angefochten werden.

III. Das B.G.B. hat das landesherrliche Ehescheidungsrecht allgemein, also auch in Ansehung der Mitglieder der landesherrlichen Häuser, aufgehoben.

IV. Die Legislaturperiode des Reichstags beginnt mit dem Tage der allgemeinen Wahlen, nicht mit dem Tage des ersten Zusammentretens des Reichstags.